

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo



TESIS DOCTORAL

**La potestad, con especial referencia al Derecho
Administrativo**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Emilio Suñe Llinas

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Administrativo

TP
1988
253



x-83-292155-x

**LA POTESTAD
CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO
ADMINISTRATIVO**

Emilio Suñé Llinás

Madrid, 1988

Colección Tesis Doctorales. N.º 253/88

© Emilio Suñé Llinás

Edita e imprime la Editorial de la Universidad
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía
Noviciado, 3 - 28015 Madrid
Madrid, 1988
Ricoh 3700
Depósito Legal: M-8015-1988

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

LA POTESTAD

CON ESPECIAL REFERENCIA
AL DERECHO ADMINISTRATIVO

Tesis Doctoral presentada por
Emilio Suñé Llinás
Madrid, 1985

Catedrático-Director:
Prof.Dr.D. José Luis Villar
Palasí
Departamento de Derecho Ad-
ministrativo

LA POTESTAD
CON ESPECIAL REFERENCIA
AL DERECHO ADMINISTRATIVO

I N D I C E

	<u>Página</u>
JUSTIFICACION	II
 I. PLANTEAMIENTO	 1
1. Introducción	2
2. La potestad en Santi Romano	10
2.1. Su exposición teórica estricta	10
2.2. La potestad en el marco de la concepción jurídica de Romano	13
3. Visión crítica de la perspectiva de Santi Romano	18
3.1. La obligación correlativa al derecho subjetivo no diferencia a éste de la potestad	18
3.2. Análisis de la potestades administrativas descritas por Romano	20
3.3. Mi perspectiva sobre la distinción entre potestad y derecho subjetivo	24
4. La recepción de Romano por la doctrina española	32
4.1. La consideración de la potestad por la doctrina española del Derecho Administrativo ...	33
4.2. La potestad, considerada por las escuelas es- pañolas de otras disciplinas jurídicas, seña- ladamente del Derecho Civil	46
5. La vuelta a los orígenes en Bodino	52
5.1. El significado de la soberanía	52
5.2. Corolarios	61
6. Síntesis preliminares	68
Notas	71
 II. LA CONSTITUCION DE 1978 Y LAS POTESTADES ESTATALES	 76
1. El alcance de la soberanía en la Constitución Española de 1978	77
2. Los derechos fundamentales como autolimitación de la soberanía normal	79
2.1. Restricciones a la policía de orden público en materia de derechos y libertades fundamen- tales	80
2.2. La intensa protección que otorga el artículo 53 de la Constitución a los derechos humanos ...	86
2.3. Solamente la defensa de la Constitución jus- tifica limitaciones parciales en la materia	98
2.4. La reforma constitucional y la sustancia del poder soberano en España	113
3. El equilibrio de los poderes constituidos en la Constitución de 1978	121
3.1. Planteamiento	121
3.2. La relación de equilibrio entre los Organos Constitucionales del Estado en España	126
Notas	134

	<u>Página</u>
III. LA VINCULACION INTERNACIONAL DE POTESTADES ESTATALES	140
1. Breves consideraciones introductorias	141
2. En materia de derechos fundamentales, el Derecho Internacional se incorpora a la Constitución	146
3. La singular intensidad de la vinculación de potestades en el ámbito regional europeo	150
3.1. La articulación de las potestades normativas y jurisdiccionales de las Comunidades Europeas con las correspondientes a la futura España comunitaria	151
4. La europeización de la jurisdicción protectora de los derechos fundamentales y las libertades	165
Notas	167
IV. LOS SECTORES EXTRAADMINISTRATIVOS DEL ESTADO Y SUS POTESTADES	169
1. Las atribuciones constitucionales directas de potestad a órganos y poderes del Estado distintos - del Legislativo	170
2. Las potestades constitucionales del titular de la Corona no pueden ser menoscabadas por la ley	173
3. El Poder Judicial tiene potestad exclusiva para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado	177
3.1. La embargabilidad de los bienes patrimoniales y de las rentas del Tesoro por causa de obligaciones presupuestarias derivadas de sentencia firme	178
3.2. En algunos supuestos, la suspensión o in ejecución administrativa de sentencias, puede no ser contraria a la Constitución	188
4. Las potestades no normativas del Parlamento: en especial, las leyes-acto	195
4.1. Ideas generales	195
4.2. El origen político de la cuestión en el marco del Derecho Presupuestario	197
4.3. La configuración de las leyes-acto en nuestro ordenamiento constitucional, a partir del conceptoualismo jurídico	202
4.4. Ejemplos y consecuencias de la distinción en el Derecho subconstitucional positivo español	207
Notas	210

III

	<u>Página</u>
V. LA NECESARIA REAPERTURA DE ALGUNOS GRANDES TEMAS RELACIONADOS CON LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACION	212
1. La competencia como vehículo de la potestad en la organización administrativa	215
1.1. Ideas de fondo	215
1.2. Las técnicas de transferencia competencial demuestran que la potestad es transmisible y acaso renunciabile	220
1.3. La excepcionalidad de la avocación como técnica, no obsta a su realidad por vía indirecta ...	224
1.4. Las potestades de articulación de potestades	227
1.5. Algunas conclusiones sobre método pedagógico	228
2. Algunas precisiones sobre la potestad reglamentaria ...	230
2.1. Los reglamentos propios: resumen de lo ya escrito y nuevos desarrollos de la teoría	231
2.2. La no sujeción de la potestad reglamentaria ni de los reglamentos a los principios generales del Derecho	239
3. La necesaria revisión de los ámbitos de potestad doméstica o supremacía especial, a raíz de la Constitución	244
3.1. Los límites de la denominada supremacía especial de la Administración sobre el personal a su servicio	249
3.2. La polimorfía de la noción de Servicio Público impone una consideración puntual de la extensión de la potestad doméstica en cada uno de los servicios públicos	260
4. Las potestades de la Administración en su actuación ...	265
4.1. Una falsa disyuntiva: ¿El acto administrativo, es un negocio jurídico o el ejercicio de una potestad?	266
4.2. La limitación constitucional de potestades en el aseguramiento de la eficacia del acto administrativo	272
4.3. La Administración, cuando actúa en régimen de Derecho Privado, no pierde totalmente su posición de "potentior personae"	282
5. Los contratos de la Administración: una categoría indebidamente desfigurada por la presencia de potestades	288
5.1. Ideas preliminares	288
5.2. La expansión de las potestades administrativas difumina la distinción entre los contratos privados de la Administración y los administrados	291
5.3. Breves precisiones sobre algunas figuras discutidas: Actos de doble cara, relación de ser	

IV

	<u>Página</u>
vicio funcional y concesiones	296
Notas	307
CONCLUSIONES	312
BIBLIOGRAFIA	324

"Quienes han venido después a escribir superficialmente de las materias políticas y a discurrir sobre los asuntos del mundo sin ningún conocimiento de las leyes y ni siquiera del derecho público, - que queda atrás en razón al provecho que de ello se obtiene; tales autores, digo, han profanado - los misterios sagrados de la filosofía política, lo que ha dado ocasión a la alteración y destrucción de hermosos Estados".

BODIN, J.: "Epístola a Monseñor de Faur, Señor de Pibrac, Consejero del Rey en su Consejo Privado". (Traducción de Pedro BRAVO GALA)

II

JUSTIFICACION

Toda obra, y señaladamente una tesis doctoral, -- surge por causa de algunos hechos que van tejiendo su pequeña historia.

El hecho de haber elegido la potestad como tema central del presente trabajo, arranca de una serie de circunstancias de mi vida reciente, que tienen mucho que ver con mis propias vivencias personales como profesor, investigador, e incluso opositor.

Mi experiencia de docente del Derecho Administrativo, arranca del año 1980 y desde entonces, cada año, sin interrupción, he tenido que explicar en mis clases de los dos cursos de la disciplina, una materia que, en beneficio de mis alumnos, a los que me debo, he tenido que procurar entender cada vez mejor. El profesor deseoso de que sus alumnos aprendan con claridad materias tan problemáticas como el Derecho Administrativo, ha de empezar por ordenar sus propias ideas, como única manera de acercarse al ideal de hacer fácil lo difícil. La noción de potestad es una de esas cuestiones a explicar, que difícilmente pueden ser transmitidas de forma correcta, sin haber reflexionado antes mucho sobre ellas. Los planteamientos que veía escritos sobre el tema, sensiblemente iguales en autores diferentes, no acababan de parecerme lógicos ni, mucho menos de convenirme. Al final, me decidí a ir al denominador común de to-

III

dos ellos (SANTI ROMANO), para constatar que unas escasas -
páginas suyas se reproducían casi como dogma, sin apenas al-
teración ni crítica, en los manuales de nuestra disciplina.
A partir de ahí, me preocupé por separar lo que había de ló-
gico y de no tan lógico en la construcción del maestro ita-
liano, para verme forzado después a reelaborar de nuevo una
construcción teórica de la potestad que a mi forma de razo-
nar se le apareciese sin fisuras y apta para ser enseñada,
después de haber sido correctamente urdida y comprendida. -
En el fondo, detrás de la tesis hay una preocupación inves-
tigadora que surge de una problemática docente. Además, y -
conforme se verá a medida que se avance en la lectura del -
presente trabajo, en él se plantean una multiplicidad de -
cuestiones, las cuales tienen también su origen en mi acti-
tud de enseñante y que, pese a parecerme en principio de -
muy diversa naturaleza, al final, como me ha acontecido o-
tras muchas veces, acabo por descubrir que giran todas alre-
dedor de un mismo punto crucial y acabo comprendiéndolas a
la vez. Este punto crucial, piedra-clave o como quiera lla-
mársele, no es sino la potestad.

Dije al principio que detrás de esta tesis se en-
cuentra también mi experiencia personal como investigador y
así es. Pienso que un trabajo de fondo sobre una determina-
da problemática puede hacerse básicamente de dos formas: o
bien se llega a una síntesis en base a la lectura de una a-
bundante documentación, o bien se sincretiza a partir de -
una profunda reflexión. Estoy muy lejos de pensar que estas

IV

formas de operar sean compartimentos estancos, puesto que - la sistematización no inteligente de documentación dispersa no pasa de ser un vulgar "refrito", de la misma manera que una buena reflexión en el aire se ve aquejada de esterili - dad práctica; pero tampoco me cabe ninguna duda de que se - llega a hacer un buen estudio después de leer mucho o de - pensar mucho sobre un determinado problema, como actitudes básicas, una u otra, que determinarán el enfoque y solucio - nes dadas.

Mi trabajo esencialmente bibliográfico fue la Me - moria que, para obtener la Licenciatura en Ciencias Políti - cas, me dirigió hace algunos años el profesor DIEZ DEL CO - RRAL y versó sobre la perspectiva iusnaturalista de EDMUND BURKE. A partir de este momento, tuve claro que mi primera tesis doctoral, cualquiera que fuese la especialidad en la que se produjese, sería básicamente una labor de reflexión. De ahí que no me decidiese a alcanzar el grado de doctor - con el expeditivo procedimiento de aumentar ligeramente el ya de por sí considerable volumen de una tesina cuyo tema - de investigación, por demás, consideré agotado. Otra razón de fondo de la presente tesis, en la línea que ahora se a - punta, es que podría ser particionada con suma facilidad en un buen número de artículos de revista, los cuales segura - mente jamás me hubiera decidido a escribir por separado, - salvo que yo mismo me forzase a efectuarlo, como lo he he - cho, con un trabajo de las características del presente.

Por último, señalé al inicio de esta justifica --

ción que en el "background" de esta tesis doctoral sobre la potestad existe asimismo la vivencia de un opositor que, al comenzar a escribir sus ideas, acababa de pasar por una no precisamente "feliz oposición", como suele decirse cuando a uno le aprueban, al cuerpo de letrados del Consejo de Estado. Evidentemente, después de un esfuerzo memorístico de esta naturaleza, difícilmente se puede tener ganas de abordar de nuevo un trabajo poco gratificante y a nivel psicológico existe una urgencia en expresar, mediante la pluma, la creatividad que durante tanto tiempo ha tenido que estar contenida, ya que no necesariamente aletargada, en el fondo del alma y del pensamiento. La elección de la potestad como tema de tesis se prestaba, sinceramente, a volcar hacia los demás de forma positiva, un caudal de energía creativa que, con este estudio podía encontrar adecuada forma de expresión.

Evidentemente, la pequeña historia de esta tesis no hubiera sido posible sin el concurso complaciente de la voluntad de don JOSE LUIS VILLAR PALASI, maestro entre maestros, que lejos de encaminarme hacia temas con menor grado de posible controversia y que hubieran permitido cubrir el expediente con mayor facilidad, como hubiera sido el caso de una investigación en el campo de la Informática Jurídica, en la que dada la experiencia profesional que he acumulado y la poca gente que conoce el tema en profundidad, difícilmente podría encontrarme con objeciones que tuviesen detrás un conocimiento de causa sólido, me alentó a prose -

VI

guir por los caminos que le sugerí, y puso a mi disposición, como ha sucedido desde que tuve la fortuna de conocerle, es ta singular, probablemente única, inteligencia y finura jurídica, bajo cuya dirección me he ido haciendo hombre en el mundo del Derecho.

Otra parte importante de la presente justificación ha de ser la que hace referencia al hilo conductor de la te sis: ¿Por qué tiene una determinada estructura y no otra?

Con toda evidencia, el capítulo introductorio ha de estar orientado a problemas de planteamiento. Si llegué a la conclusión de que las teorizaciones sobre la potestad que no me convencían demasiado tenían su punto de arranque - en SANTI ROMANO, es lógica la preocupación en cuanto a po - ner en claro mis puntos de discordancia con este gran maestro del Derecho Público. No se me oculta que en España exis te una cierta tendencia a interpretar las críticas, aún -- cuando éstas sean constructivas, como "ataques". Desde luego, mi intención no es la de atacar a nadie y mucho menos a quien no puede ya darme respuesta. Por si fuera poco, siempre he sentido un profundísimo respeto, admiración y venera ci ón por aquellas mentes que, como la de SANTI ROMANO, han sido capaces de ofrecer aportaciones positivas y novedosas a la rama del conocimiento que ha constituido su objeto de estudio. Pero una cosa es lo que acabo de exponer y otra - muy distinta sería callarme por temor a herir susceptibilidades, algo difícilmente conciliable con la honestidad inte lectual.

VII

Cuando uno se encuentra sin posibilidad de salvar una teorización interpretándola, ha de llegar a unos nuevos postulados y conclusiones que le parezcan coherentes. Esta fue la actividad que acto seguido abordé, después de buscar unos cimientos coherentes que encontré en uno de los primeros teóricos del Estado; JEAN BODIN. A partir de ahí inicié una configuración del tema de la potestad en relación con - conceptos tales como Soberanía, poder constituyente y Constitución.

Espero que, con lo que acabo de exponer, quede - perfectamente justificada la no inmersión de esta investigación en mayores profundidades históricas. Sólo he efectuado tal labor en la medida necesaria para encontrar unos cimientos sólidos sobre los que edificar mi propia perspectiva al respecto.

Sentadas ya las bases de la tesis, entro en el estudio del poder soberano y la distribución primera de potestad entre los poderes constituidos, en la actual Constitución Española.

Acto seguido, me preocuparé de observar cómo un - hecho prejurídico, la Comunidad Internacional, puede comportar una serie de restricciones a las potestades estatales, en muy directa relación con nuestra situación constitucional y nuestros grandes marcos internacionales regionales de referencia.

Llegados a este punto, terminan los grandes temas de planteamiento general, que engarzan más con el Estado co

VIII

mo tal que con la distribución del poder en su seno. Quedan, pues, dos cuestiones pendientes: ver la distribución constitucional directa de poder a órganos del Estado distintos - del Ejecutivo y estudiar, por fin, las potestades de la Administración en un auténtico repaso y replanteamiento de - los grandes problemas de la Parte General del Derecho Administrativo.

No me queda ya sino culminar la justificación completando el capítulo de agradecimientos, en el que, aparte del ya efectuado al Director de esta tesis, Dr. D. JOSE LUIS VILLAR PALASI, debo recordar especialmente a los profesores BAENA DEL ALCAZAR, BASSOLS COMA y JUAN JESUS FERNANDEZ.

Al profesor Dr. D. MARIANO BAENA DEL ALCAZAR, también maestro entre maestros, ex-profesor de imborrable huella en mi licenciatura, y que será quien me dirija en mi segunda (en el orden cronológico) tesis doctoral en Ciencias Políticas, que va a versar sobre la perspectiva politológica, aquí apenas enunciada, del tema de fondo del presente - trabajo: el poder.

Al profesor MARTIN BASSOLS COMA, Catedrático-Director del Departamento de Derecho Administrativo del CEU, cuyas inapreciables observaciones sobre esta tesis, cuando no tenía todavía forma definitiva, han contribuido en buena medida al resultado final.

Al Dr. D. JUAN JESUS FERNANDEZ GARCIA, amigo entre amigos, que supo hacer un profesor de un alumno y cuyo

IX

desinteresado apoyo tampoco me ha faltado en este arduo tra
bajo.

Tampoco quiero dejar de dar mis más sinceras gra-
cias a todos aquellos amigos con cuya fundamentada opinión
y leal consejo he podido contar, así como a mi propia fami-
lia, que ha sabido comprender la causa del tiempo que he te
nido que dejar de dedicarle.

CAPITULO I
PLANTEAMIENTO

1. INTRODUCCION

Es de todo punto evidente que un tema crucial para el Derecho, más señaladamente para el Público y, en este sector de especial relevancia, para el Administrativo, como es el de la potestad ha merecido, sin embargo, una muy escasa consideración doctrinal. Ello hasta el punto de que no conozco ninguna monografía al respecto.

Lo apuntado, aunque curioso, no deja de ser comprensible si se tiene en cuenta que los problemas jurídicos, al estar profundamente entroncados con la vida misma, suelen responder a inquietudes empíricas, cuya resolución con arreglo a unos principios y líneas directrices origina forzosamente un cierto nivel de abstracción. Llegar a comprender el tema de la potestad requiere, en cambio, de un alto nivel de síntesis de segundo grado que se aleja mucho más del mundo de los hechos, entendidos como "casos", y quizás pueda parecer innecesario desde un punto de vista práctico.

Por si fuera poco, el estudioso de la potestad está condenado a moverse en esta borrosa frontera, que conecta más que separa el Derecho de la Política, así como la ciencia que se ocupa del estudio de ésta. Se trata de un terreno apasionante, pero también intrincado y resbaladizo, por causa de que los lugares comunes, incluso los científicos, están muy lejos a menudo de expresar los arcanos celosamente guardados.

Por último, existe el problema de la interdisciplinariedad, que siempre resulta sumamente conflictivo para las ciencias y demás esferas del conocimiento. Donde conecta la Física con la Química está el problema, tan minúsculo como - universalmente grande, del átomo. Cuando la Química empieza a dejar de serlo para ceder paso a la Biología, nos encontramos con la gran incógnita del virus. A su vez, en el dintel entre la Biología y la Psicología, se sigue sabiendo muy poco sobre el cerebro y mucho menos sobre el humano. La conexión entre el hombre y la sociedad se mueve en un mar de hipótesis, a menudo contradictorias, entre autores y ciencias: Antropología, Sociología, Historia, etc. Esto debe constituir tanto una lección de humildad para los que se aventuran en la investigación de los grandes nexos, como una advertencia sobre lo escasamente elaboradas que, a pesar de las apariencias, están todas las ramas del conocimiento; lo cual no ha de hacer sino insuflar nuevos ánimos a los curiosos mortales cuya máxima apetencia es saber más y más, para llegar a un mayor extravío de sus horizontes en la divergente del conocimiento.

La potestad, por desgraciada dificultad y mayor interés, se encuentra en la encrucijada donde el Derecho empieza a ser Política y la Política Derecho; fenómeno que unos - denominan Teoría del Estado y otros Derecho Político (1). Para mayor abundamiento de complejidades e intersecciones, el mayor número de potestades se concentran en las Administraciones Públicas, y señaladamente en la Administración del Esta

tado. Tal descripción cuantitativa de un fenómeno, aún en el supuesto de que no tuviese una relevancia cualitativa máxima, conlleva la imprescindible necesidad de entrar con profundidad en el Derecho Administrativo, puesto que es en tal disciplina donde aflora la mayor parte de sus manifestaciones; - con el grave y típico problema de que los tratadistas del Derecho Político, mejor situados que los administrativistas para plantearse la temática inherente a la potestad, no tienen por misión estudiar su rica casuística en el Derecho de las Administraciones Públicas y viceversa, los que nos hemos especializado en Derecho Administrativo, solemos pensar que en una rama de tanto volumen y proclive a las subdisciplinas como la nuestra, es ocioso plantearse muy a fondo un problema cuyo lugar teórico es, más bien, la Teoría del Estado.

Los autores del Derecho Civil también se han visto forzados más a la mención que al estudio de la potestad, por cuanto el deslinde de esta noción con relación a la de derecho subjetivo, les permite perfilar mejor el contorno de este último que es, a fin de cuentas, el objeto de su interés teórico, como lo demuestra el hecho de que algunos tratados incluyan la potestad en el capítulo destinado al derecho subjetivo.

También ejercita potestades el Poder Judicial, mas entre procesalistas y teóricos del Estado sucede algo parecido a lo que ya ha sido descrito en relación con estos últimos y los administrativistas. Para unos, el proceso y la organización judicial es un tema de Derecho Procesal; para los

otros salirse de estos temas es invadir la esfera del Derecho Político.

En resumidas cuentas; debido a alguna de las cau -
sas apuntadas, o por todas a la vez, a la potestad le aconte -
ce algo parecido a lo que le sucede a aquella dama, física -
mente poco agraciada, con la que nadie quiere bailar y así,
a veces, se pierde la ocasión de comprobar que aparte de ser
una danzarina consumada, tiene un algo tan cautivador como -
capaz de convertir en intranscedente la primera impresión.

SANTI ROMANO, profesor de Derecho Administrativo y
de Derecho Político, aparte de uno de los más sólidos pila -
res con que cuenta la Teoría General del Derecho, tenía la -
perspectiva necesaria y razones suficientes para entrar a -
fondo en el tema. Desgraciadamente se limitó a plantearlo en
unas escasas aunque sustanciosas páginas, las cuales pueden
encontrarse con ligeras variaciones en al menos tres de sus
obras (2). Es, pues, obligado, que la teorización que sobre
la potestad hace ROMANO, constituya a la vez un apartado del
presente capítulo y un punto de partida para esta tesis doc-
toral.

Igualmente es preciso en este planteamiento, exami -
nar el enfoque que ha dado a la cuestión la doctrina español -
la; el cual aparece básicamente en los tratados y cursos de
Derecho Administrativo, y también Civil. Con dicho análisis
se va a poder observar cómo nuestros autores suelen seguir -
en este punto casi literalmente la elaboración científica -
que aportó el citado maestro SANTI ROMANO.

Si esta tesis tiene algún sentido que vaya más allá de lo que a nivel de frío interés personal me pueda aportar la colación del grado de Doctor, éste es el correspondiente a su esencia de trabajo original de investigación. Es evidente que cualquier obra que pretenda responder con honestidad a dicho requisito legal, precisa apartarse en mayor o menor medida de los caminos trillados. En este caso, el alejamiento, espero que con acierto, será grande, no porque yo me haya empeñado en ello, sino por la simple razón de que la cuestión lo requiere. De ahí la necesidad de un apartado de humilde y constructiva crítica a SANTI ROMANO, que me atrevo a hacer desde mi modesta formación jurídica, consciente del atrevimiento que puede dar a entender; pero no menos convencido de que tal impresión y sentimiento es incompatible con la misión del intelectual.

Tengo la plena seguridad -porque he sido varias veces advertido de ello- que otro tipo de tesis, de originalidad más "tradicional" entraña mucho menor riesgo, más cuando un pensador de la categoría de SANTI ROMANO no acierta, es deber del que cree advertirlo dar cumplida cuenta de ello, ya que el prestigio de un clásico de cualquier disciplina, usualmente construido sobre su genio y sus aciertos, se torna en pesadísimo lastre y rémora cuando yerra. La autoridad de un extraordinario jurista suele conllevar que aquéllos que de él aprendemos, estemos casi siempre dispuestos a aceptar con escaso espíritu crítico sus planteamientos, de tal forma que las pocas inexactitudes en las que incurre, son repetidas y

reproducidas a través de largas generaciones de buenos (a menudo excelentes) profesores de Derecho.

Puesto que todo planteamiento crítico que pretenda ser constructivo ha de derribar única y exclusivamente en la medida necesaria para edificar con mayor solidez, se hace - preciso terminar el presente capítulo con otras dos subdivisiones. La primera de ellas hace referencia a su cimentación y tiene un nombre: BODINO; la segunda, al armazón estructural del nuevo "bâtiment" y debe, por fuerza, venir constitufuda mediante las propias ideas sobre el ser y esencia de la - potestad.

Los demás capítulos van a destinarse a la terminación del "building" (perdónense la entrada en el texto de algunos comprensibles vocablos no castellanos, que figuran al único objeto de evitar con facilidad el desagradable efecto de la redundancia).

La existencia de un apartado destinado en lo imporescindible al pensamiento de JEAN BODIN no es erudición, - floritura, ni casualidad, puesto que se trata de un autor cuyo tiempo histórico coincide con el de la formación del Estado moderno, y supo captar el espíritu de su época, que en lo político era tanto como predicar menos la soberanía de Dios y más la del Estado ... y la soberanía no es otra cosa sino el poder, como tal, hecho abstracción mística y desglosado - en el mundo de los hechos a través de potestades concretas.

Acaso alguien pueda pensar que remontar este tema

a un teórico de la Política que escribió hace más de cuatrocientos años, denota una visión archivera y poco histórica - de la Historia. No es ésta mi perspectiva, muy al contrario; pero sin duda en todo gran pensador de cualquier época hay - mucho de relativo y algo de mayor universalidad. En este sentido, la soberanía -tal como la describió BODINO- sigue siendo una realidad casi por entero en armonía con las coordenadas políticas vigentes en la actualidad, y ello hasta el punto de que pese al poco "bodinismo" que con referencia a la - soberanía denotan las obras de JELLINEK (3), DUGUIT (4) o - JOUVENEL (5), otros autores cuya originalidad nadie puede poner en duda, cual es el caso de HERMANN HELLER (6), siguen en este punto de forma literal la senda de BODINO.

SANTI ROMANO da la impresión de haber escrito sobre la potestad sin haber reparado excesivamente en la su gerente obra de JEAN BODIN. En cualquier caso, ello no le desmerece en lo más mínimo, puesto que la compleja interdisciplinariedad apuntada en relación con el tema de la potestad adquiere un nuevo grado si introducimos la Historia de las -- Ideas y de las Formas Políticas. Aparte de esto, es lógico - que un italiano, en el caso de que se preocupe por la época de formación del Estado moderno, tenga tendencia a decantarse más versus un compatriota como MAQUIAVELO, que hacia un - francés. Lo grave es que mientras BODINO se plantea la consolidación de un Estado "in factum", en la mente de NICCOLO MA CHIAVELLI (7) existía la noble ambición de un Estado "in - fieri" para Italia, con lo cual enfoca el tema del poder co-

mo constituyente y, por lo tanto, con tendencia a ser soberano; mientras que BODINO partía de un poder constituido y, - por lo tanto, soberano, que es tanto como decir "capaz de - ejercitar potestades".

Acabado el objeto de esta introducción, podemos entrar en los siguientes apartados del capítulo I.

2. LA POTESTAD EN SANTI ROMANO

2.1. Su exposición teórica estricta

Dicho tratadista parte de la distinción entre dos clases de poderes; los "jurídicos", que derivan del ordenamiento, y aquellos que operan "de facto", es decir, sin amparo en el Derecho objetivo y, por lo tanto, jurídicamente irrelevantes.

La aportación confesada de ROMANO frente a la doctrina tradicional consiste en que, mientras para ésta existía una plena identidad entre las nociones de poder jurídico y derecho subjetivo; él en cambio, subdividió el concepto poder jurídico en dos nuevas esferas: la correspondiente a las potestades y la que hace referencia a los derechos subjetivos.

Para justificar su distinción, añade que las potestades son poderes jurídicos genéricos, en tanto que los derechos subjetivos vienen referidos a relaciones jurídicas concretas. Por tal causa, la potestad no tiene una obligación correlativa y, en cambio, es forzoso que un derecho subjetivo siempre la tenga. Así, poderes como los que cita de aceptar una herencia, hacer testamento, estipular contratos, ocupar una "res nullius" e, incluso, el poder del Estado de dictar leyes, son potestades, puesto que no necesitan ser contrapesados por una obligación. Serían derechos subjetivos por la razón contraria, el derecho de propiedad, que ha de recaer sobre una cosa determinada y cualquier derecho de crédito, al requerir de un deudor. Añade, a buen seguro con el objeto de

evitar confusiones, que del ejercicio de una potestad pueden derivarse consecuencias de ventaja o de desfavor para determinadas personas, las cuales no tienen, sin embargo, una obligación con respecto al titular de la potestad.

Otro posible punto oscuro que intenta aclarar, es la posibilidad de conexiones entre potestades y derechos subjetivos, sin que ello interfiera en la naturaleza peculiar de estas distintas especies de poderes jurídicos. Así, se refiere a potestades que dan lugar al nacimiento de derechos subjetivos y de derechos subjetivos que originan potestades. Como ejemplo del primer supuesto, señala que la potestad expropiatoria o la de ocupación de una "res nullius" hacen nacer un derecho de propiedad; mientras que, viceversa, el elector puede ejercitar el derecho de reclamar que se le inscriba en el censo para tener la potestad electoral.

Cabe también que existan potestades con deberes conexos que maten la forma y los límites de su ejercicio. Tal sería el caso de cualquier Administración que esté obligada a sancionar disciplinariamente a los funcionarios que incurran en determinadas infracciones. Según ROMANO, el Estado sigue manteniendo el señorío de su voluntad frente al funcionario y, en consecuencia, no se está creando relación jurídica alguna.

Hacia el final dedica especial atención, dentro de las potestades, a las específicamente administrativas, con referencia a las cuales efectúa dos observaciones:

a) La potestad administrativa genéricamente entendida, se especifica en otras de carácter particular, como -- son las siguientes: reglamentaria, disciplinaria, de policía, expropiatoria, etc.

b) En el Derecho Administrativo, aparecen con suma frecuencia las denominadas "potestades-función", que son las ejercitadas no ya por causa del interés particular del que -- las actúa, sino para servir a un interés objetivo. Aún cuando es cierto que las "potestades-función" también aparecen -- en el Derecho Privado en supuestos tales como el de la pa -- tría potestad o en la misión del albacea testamentario, no -- lo es menos que su mayor presencia se da en el Derecho Públi -- co, por tenerse en cuenta de manera directa, necesaria e in -- mediata el interés colectivo.

ROMANO precisa que es característico de las "potes -- tades-función" el ser, al mismo tiempo, de ejercicio libre y vinculado. La libertad viene dada por el inmenso poder y au -- todeterminación de la voluntad que las ejercita, al tiempo -- que la vinculación se debe a la necesidad de que satisfagan el interés general, que es el fundamento mismo de la potes -- tad. Prosigue con sumo acierto este autor cuando indica que es precisamente el grado de dicha tensión entre la potestad, en sí misma considerada y la función que desempeña o, dicho de otro modo, el peso relativo de lo libre y lo vinculado, -- aquello que marca la diferencia entre el ejercicio reglado y discrecional de la potestad. Es más, la desviación de poder

no es otra cosa que la transgresión de la vinculación de la potestad al interés general.

El último punto, apenas enunciado, al que SANTI ROMANO alude, es el de la existencia de una vinculación estricta entre capacidad jurídica y potestad, de la cual, según dice, derivan sus notas características de inalienabilidad, imprescriptibilidad, intransmisibilidad e irrenunciabilidad.

2.2. La potestad en el marco de la concepción jurídica de ROMANO

A decir verdad, la idea que de potestad tiene SANTI ROMANO, no me parece demasiado convincente; sin embargo, antes de tomar la decisión de ofrecer otra construcción, que parta de otros presupuestos teóricos, es cuestión previa estudiar si el esquema de ROMANO, convenientemente interpretado en el marco de sus propias coordenadas, puede llegar a revestir un grado de solidez que permita mantenerlo.

Esta fue la idea que me sugirió el profesor BAENA DEL ALCAZAR, juntamente con un esbozo de planteamiento, que merece ser estudiado y tenido en cuenta.

Conforme ha sido ya visto, el marco conceptual de SANTI ROMANO es estrictamente jurídico, tanto en su origen y construcción, como en sus efectos. Además, es claro su entronque con la teoría de la relación jurídica.

El planteamiento de fondo, parece ser el siguiente:

Tanto la potestad, como su antónimo igualmente -- abstracto, el deber, son derivados de la personalidad jurídica y de la correlativa capacidad jurídica que le es inherente.

En última instancia, toda su construcción no hace sino reflejar el binomio poder-sujeción, al que no se puede admitir válidamente fuera del ámbito del Derecho.

Según eso, tanto la potestad como el deber, se -- rían ajenos a cualquier relación jurídica concreta. Esta só lo aparecería como vínculo que une al derecho subjetivo con la obligación cuando tales realidades hacen acto de presencia.

En el fondo, el derecho subjetivo sería la concre ción singular de la potestad, y la obligación la concreción singular del deber en el marco de la relación jurídica.

Pero, ¿por qué aparecen en escena la relación jurídica y sus dos polos: derecho subjetivo y obligación?

La razón es la siguiente: la potestad sería una - posibilidad abstracta que tiene la persona jurídica de ac - tuar, y esta posibilidad se hace patente con la aparición - de un supuesto de hecho que, al originar la puesta en acto de potestades, comporta la creación de relaciones jurídicas con sus correspondientes derechos subjetivos y obligaciones.

De esta forma, unas meras previsiones legales como la potestad y el deber, que no es sino la necesidad de - estar a las consecuencias de una potestad, se materializan

en derechos subjetivos y obligaciones concretas en el marco de la relación jurídica.

Con un planteamiento tal, que se hace estrictamente desde el Derecho y para el Derecho, no existiría ningún empacho en admitir las potestades de derecho privado.

No creo que de SANTI ROMANO se pueda extraer mucha más claridad de lo que aquí se acaba de exponer y me encuentro con el grave problema de que sigue sin ser suficiente.

De entrada, un esquema de este tipo es absolutamente inaplicable a la potestad legislativa, que muy a menudo sigue concretándose en nuevas potestades como las administrativas atribuidas por ley, y no en derechos subjetivos.

Por si fuera poco, alguna de las pretendidas potestades de derecho privado que enuncia SANTI ROMANO se producen por entero dentro de una relación jurídica concreta: ¿en qué se hace tangible si no la patria potestad?

De ahí que no me quede otra alternativa que romper los esquemas apuntados por SANTI ROMANO, cosa que efectuaré paso por paso y punto por punto, para rehacer luego el tema a partir del marco conceptual que, hace ya mucho tiempo fue elaborado por BODINO.

Mucho me temo que un planteamiento al respecto de la potestad como el que hace ROMANO, prescindiendo absolutamente de traer a colación al poder político, ha prosperado sobre todo por razones políticas que han condicionado muy -

fuertemente a los administrativistas en los regímenes autoritarios. En este sentido me abrió la luz el profesor BA - SSOLS COMA, al hacerme percibir que una estricta juridificación de la potestad, así como el hecho de ver en ella un fenómeno que aparece tanto en el derecho público como en el privado, hace que un ataque legal a la potestad, como sucede, por ejemplo, cuando se impugna la existencia o el ejercicio de una potestad en sede jurisdiccional contencioso-administrativa no pueda interpretarse jamás como un ataque a la fuente intocable del poder que representaba en Italia MU SSOLINI, en la época de SANTI ROMANO, y que luego representó en España FRANCISCO FRANCO.

No cabe duda de que, adoptar sin más en este vidioso tema la construcción teórica de SANTI ROMANO, podía ser una manera de evitarse problemas; pero a mí no me cabe tampoco ninguna duda de que hoy, superadas ya las coordenadas históricas referidas, es urgente reabrir de nuevo el tema, necesidad a la que intento responder con la presente tesis doctoral.

Entiéndase bien, sin embargo, que con lo que acabo de señalar, no intento prejuzgar la ideología política de nadie; tema que, por otra parte, sería probablemente el último por el que mediría a una persona. Únicamente afirmo que determinadas ideas tienen mayores posibilidades de prosperar en unos medios políticos que en otros. Se trata de algo así como las herejías protestantes que, bajo formas pare

cidas, se habían formulado mucho antes del Renacimiento, pero que prosperaron en dicha época histórica, al coincidir - con fuertes intereses políticos favorables que, en algunos casos, ni siquiera las promovieron.

3. VISION CRITICA DE LA PERSPECTIVA DE SANTI ROMANO

Es evidente que, dada la enorme influencia de los planteamientos del insigne maestro de Padua sobre la doctrina española, se impone un análisis crítico en profundidad sobre lo fundamentado o no de sus ideas. Lo primero que salta a la vista cuando se le lee es que se plantea exclusivamente desde el más puro formalismo jurídico un tema cuya semántica y sentido etimológico de "poder" sugiere que, difícilmente podrá ser correctamente entendido sin el auxilio de la Ciencia del Poder, expresión con la que usualmente ha sido definida la Ciencia Política (8).

Acaso una tal oposición de principio al método seguido por SANTI ROMANO pueda ser tenida como opinable; pero lo cierto es que cuando se analiza el discurso lógico que él emplea, incluso sin moverse de las coordenadas formalistas, tampoco resulta éste plenamente coherente. Veámoslo:

3.1. La obligación correlativa al derecho subjetivo no diferencia a éste de la potestad

La distinción entre potestad y derecho subjetivo, según que exista o no una obligación correlativa, es incorrecta. Existen derechos subjetivos, mencionados además por SANTI ROMANO, como la propiedad, cuya construcción en el sistema jurídico romano-germánico comporta un poder directo e inmediato del hombre sobre la cosa, que le asegura un dominio pleno sobre la misma. Es decir, en la propiedad, y en ge

neral en el sector de los derechos patrimoniales constituido por los derechos reales, no aparece por ningún lado la obligación correlativa. Hay una relación jurídica entre una persona y una cosa, sin que se dé la existencia de ningún deber ajeno como no sea el general de no vulnerar la propiedad de los demás, lo cual es tanto como afirmar la necesidad de que se respete cualquiera de las instituciones fundamentales del ordenamiento jurídico mismo. Acaso se me oponga que desde una perspectiva puramente teórica es posible reconstruir la temática de los derechos reales a partir de una visión obligacionista de la materia (9), pero si nos empeñamos en llevar las cosas a este punto, tampoco hay razón, y de hecho también se ha apuntado (10), para no suponer que la aceptación de una herencia, acto que ROMANO entiende como potestad, no sea sino la expresión de una de las voluntades que forman un supuesto contrato hereditario; lo cual, a su vez, supondría circunscribir la parte fundamental del derecho sucesorio en el derecho de obligaciones. De hecho, así lo entendió nada menos que PUFFENDORF.

En resumidas cuentas, la distinción que establece SANTI ROMANO entre potestad y derecho subjetivo, tiene mucha endeblez teórica y poca utilidad práctica, como lo demuestra el hecho de que el propio autor no extrae del distingo ninguna consecuencia jurídica práctica.

A lo sumo, podría pensarse que el hilo lógico de SANTI ROMANO solo tendría la necesaria coherencia si el derecho

cho subjetivo se recondujese única y exclusivamente al derecho de obligaciones, y la potestad al resto de las esferas del ordenamiento. De forma sospechosa, ROMANO conecta muy estrechamente el derecho subjetivo a la relación jurídica, abstracción del Derecho que se ha solido extraer empíricamente, en su mayor parte, de la estructura de la obligación. Sucede, sin embargo, que una parcela típica del derecho de obligaciones está constituida precisamente por los contratos administrativos, de los cuales es lugar común afirmar que en ellos la Administración ejercita potestades, mientras que a los particulares corresponden, aunque limitadamente, derechos subjetivos. No es cuestión, por ahora, de justificar por qué en los contratos administrativos se da el ejercicio de potestades administrativas, por más que con razonamiento cartesiano o intuitivamente, todo administrativista sabe que esto es así. Lo cierto es que en los contratos administrativos una parte (la Administración), ejercita potestades y tiene obligaciones (devolución de la fianza, por ejemplo, si han sido correctamente cumplidas por el contratista las estipulaciones contractuales), y la parte privada, aún cuando tiene más obligaciones que derechos subjetivos, tampoco carece de éstos.

3.2. Análisis de las potestades administrativas - descritas por ROMANO

Es curiosa la prisa que tiene nuestro autor cuan

do entra en el estudio de la potestad aministrativa, por explosionar la noción en una amplia gama de potestades de carácter particular. No es que efectuar tal cosa sea incorrecto, pero mucho me temo que suele ser urgente partir de un concepto y, por lo tanto, deshacer una síntesis cuando uno mismo tiene ciertas dudas sobre la virtualidad explicativa de ésta.

En contrapartida, es sumamente lúcido su análisis de la "potestad-función", del ejercicio reglado o discrecional de la potestad y de la desviación de poder. De todas formas, a mi modesto entender, olvida considerar que toda potestad ha de ser necesariamente "potestad-función", por cuanto el ejercicio del poder público, como restrictivo de la libertad individual que es por esencia, sólo puede legitimarse con su utilización al servicio del interés general. Toda la teoría del contrato social (11), en cualquiera de sus acepciones, se basa en la renuncia voluntaria de parte del poder individual, para que las esferas de libertad restantes puedan tener un ejercicio equilibrado en el marco del Derecho generado por la Comunidad Política a la que se da lugar, cuyo poder existe precisamente para satisfacer el bien común. Todo modelo de Organización Política, y particularmente de Estado, se autojustifica en función de que limita su poder a la satisfacción del interés general (sea ello cierto o no). Las teocracias pretenden hacer la voluntad de Dios, que es el deber ser de la voluntad de todo hombre "bueno", temeroso de Dios y solidario con sus semejantes; las tiranías jamás se -

han autoconfesado como tales, y la prueba es que MAQUIAVELO, un patriota en el pleno sentido de la palabra, fue maquiavélicamente denostado como "maquiavélico" por aquellos mismos de los que aprendió el ejercicio real del poder (12); el modelo liberal de Estado identificaba el interés público con la producción de normas y, por lo tanto, de seguridad; el denominado Estado Social Benefactor entendía, en cambio, que el bien común solo era alcanzable si, además de producir seguridad jurídica, la Comunidad Política se ocupaba de la -- prestación de bienes y servicios (13); el modelo de Estado - (teóricamente provisional) surgido del socialismo científico, se ha ocupado de que su poder aniquile la libertad e iniciativa económicas individuales, por entender que éstas son antisociales. En síntesis, el poder de toda organización política, ejercido con diverso alcance y variopintas formas, pretende siempre responder a la consecución del interés general y, en consecuencia, las potestades concretas en que se - desglosa han de ser siempre y necesariamente "potestades-función".

En otro orden de cosas, resulta curioso que cuando se mencionan "potestades-función" en el ámbito del Derecho Privado, siempre salga a colación el ejemplo de la patria potestad que, a mi entender, no es más que una situación jurídica en la que los derechos de los padres están muy condicionados en su ejercicio. A diferencia de las potestades, que - siempre han de satisfacer una función social, los derechos - subjetivos pueden oscilar entre satisfacerla plenamente, ca-

so de los derechos de los padres sobre los hijos (integrados en la patria potestad), o satisfacerla menos plenamente, -- siendo tal situación aquella en la que se encuentran la mayoría de los derechos subjetivos, como el derecho de propiedad, del que señala el artículo 33-2 de la Constitución Española que su función social determinará su contenido de acuerdo -- con las leyes, o incluso (en raros supuestos) no satisfacer positivamente intereses objetivos en manera alguna, como el préstamo sin interés, puesto que cuando tal interés existie se, ya entraríamos en las limitaciones que, con clara finalidad social, impone la legislación existente sobre usura (14).

Entiendo que la única razón que en el fondo ha provocado que la patria potestad siga siendo considerada como - tal potestad, es que efectivamente lo fue, dada la naturaleza claramente política de la organización familiar en Roma - (15). Hoy, sin embargo, a pesar de que satisface un interés objetivo, no sería correcto ver a los padres como delegados del poder político, ni a la patria potestad como algo distinto de una situación jurídica en la que los derechos están - muy condicionados en su ejercicio y contrapesados por obligaciones.

Sin perjuicio de que en el siguiente epígrafe ex -prese mis propias ideas sobre la distinción potestad/derecho subjetivo, puesto que la refutación de ROMANO lo impone de - manera inmediata, me resta apuntar que la caracterización -- por dicho pensador de la potestad, como inalienable, irrenun- ciable, intransmisibile e imprescriptible, coincide en gran -

medida con los caracteres que de la Soberanía enuncia BODINO, y que han sido repetidos a través de largas generaciones de juristas y politólogos.

De todos modos, afirmar que tales caracteres derivan de la vinculación estricta entre capacidad jurídica y potestad, no puede tener, desde luego, ningún viso de verosimilitud. También el derecho subjetivo está estrechamente vinculado a la capacidad jurídica y, sin embargo, suele ser alienable, transmisible, renunciable y prescriptible. Más bien habría que pensar que tales notas características de la potestad lo son por razones políticas tendentes a preservar la continuidad en el ejercicio del poder.

3.3. Mi perspectiva sobre la distinción entre potestad y derecho subjetivo

Según entiendo, para encontrar el punto exacto de la diferenciación, es preciso remontarse a los planteamientos que están en la base de la hipótesis, más que teoría, del contrato social, cuya omisión en la obra de SANTI ROMANO probablemente haya contribuido también a que su postura teórica padezca de excesiva endeblez. Me refiero al estudio de la naturaleza humana, para extraer del mismo consecuencias jurídicas y políticas, desgraciadamente abandonado casi por entero desde hace más de un siglo y que, sin embargo, debiera ser reabierto, en la medida que el adelanto de las ciencias -señaladamente las naturales- permite hoy avanzar infinita-

mente más que antaño en tal cuestión. No es mi intención entrar ahora con toda la profundidad que el rigor requiere en tales derroteros, más entiendo que sí convendría aportar -- unas breves y sintéticas ideas.

El hombre, al igual que cualquier otro ser vivo, - está sujeto a la inexorable ley biológica (acaso la más fuerte y radical) de la autoconservación. La materia viviente necesita conservar la organización de su propia estructura para seguir viva; para ello es preciso que evite o domine a - las fuerzas que puedan destruirla y que, a través de la alimentación, absorba la energía necesaria para mantener su estructura. Existe, pues, una necesidad radical de sobrevivir como prerequisite para que otras características de los seres vivos, como la reproducción (que no es sino la capacidad de generar estructuras vivas similares) sean posibles. La autoconservación, presumible madre del egoísmo, está en el programa genético más último y radical de toda forma de vida, y por eso es un instinto. Ningún ser vivo, por alto que esté - en la escala de la evolución -incluso el hombre- puede escapar a esta ley connatural a su modo de existencia. De hecho, el espíritu y la inteligencia humanos arraigan en el mundo - sobre un necesario soporte animal, hasta el punto de que la mayor parte de nuestro cerebro es la propia de una bestia - irracional e instintiva, y únicamente en una pequeña parte - del mismo, el neocórtex, radica el milagro de esta chispa inteligente que, convenientemente cultivada en un medio socio-cultural, nos permite superar, en mayor o menor grado, la -

grosera existencia animal.

Es evidente que en un medio de escasas pautas culturales, propio de primitivísimas formas de convivencia, el hombre debía ser poco más que cualquier otro animal, sujeto a la ley de sus instintos y de la escasez de medios. Así, no es muy difícil imaginar que cuando varios instintos de conservación entraban en conflicto, la supervivencia e, incluso, la satisfacción de necesidades menos relevantes, se transformaba en un problema de fuerza, o quizás en seres inteligentes, en una cuestión más amplia de poder.

Si convenimos en que libertad es la capacidad de satisfacción de necesidades humanas de diversa naturaleza, habremos de aceptar que sólo con el poder individual se puede asegurar la libertad individual. Una persona es libre en la medida en que tenga poder, y no lo es en la medida en que esté sujeta al poder.

Aunque ninguna de las teorías del contrato social haya sido planteada exactamente en los términos que se están exponiendo, con la posible salvedad de la de HOBBS (16), se da en todas ellas un hilo conductor más o menos semejante.

En la hipótesis (17) (estado de naturaleza) de que no existiera una organización política (18), la seguridad sería el parentesco patrimonio de los más fuertes y de resultados, también la propiedad y la felicidad, puesto que el choque de los egoísmos individuales contrapuestos, haría imposible que se dieran, tanto una convivencia ordenada, como las

ventajas que se derivan del vínculo societario. En el fondo, la lucha de unos contra otros, de poder a poder, para conservar la propia vida, hace que la aspiración individual de libertad sea centrífuga y derive en antisocialidad. Entonces, ¿cómo se llegó a organizaciones socio-políticas más estables y acabadas? Entiendo que no pudo ser a través de instintos - como la solidaridad interhumana, amor, o como quiera llamársele, porque en todo caso, en un ser de instintos como el - hombre primitivo, en buena lógica debía pesar más el primario, radical, centrífugo y egoísta de autoconservación, que el más noble, secundario y centrípeto instinto amoroso.

Aunque paradójico, es casi seguro que el egoísmo - inteligente fue el motor de la consolidación societaria. -- Cuando uno o varios hombres entendieron que la instrumentalización del esfuerzo de los demás podía ser más positivo para la propia satisfacción que su aniquilación, y pusieron esta idea en la práctica, estaba naciendo una forma de organiza - ción que ya revestía las características de lo humano y de - lo político. ¿Cómo podían dominar los menos a los más? Simplemente, dejándoles subsistir si obedecían y teniendo el monopolio de los medios para matar (armas), para producir y para pensar. No olvidemos la importancia del control ideológico; puesto que detrás de una acción humana, aparte del puro determinismo físico, sólo puede estar una idea o una pasión, y consecuentemente, aquél que puede controlar las ideas y - las pasiones, es capaz de controlar las acciones humanas.

En resumen, la Comunidad Política es el resultado

de una concentración de poder militar, económico e ideológico de los menos, para explotar a los más.

En este esquema, el poder político tendría dos notas:

a) Globalidad, al referirse a un grupo social determinado, organizado como conjunto con independencia de otros grupos, y comprender las tres esferas básicas del poder.

b) Legitimidad, al tener una componente ideológica tendente a que el sometido crea que existe para armonizar de forma equilibrada su bienestar individual con el interés común al conjunto societario.

En idénticas coordenadas, el Derecho Objetivo sería una técnica de ejercicio del poder que, a su vez, tiene dos características:

a) Ser el poder político su fuente material.

b) Conectar de forma peculiar la esfera ideológica del poder con la física y la económica; puesto que la norma intenta primero que, a través del propio convencimiento, la conducta humana se adecúe a lo en ella prescrito. De no ser así, aparecerá la coacción física o la sanción patrimonial.

Pues bien, presente ya la Comunidad Política, en ella existe una concentración objetiva de poder que concurre con las esferas autónomas de libertad individual y delimita su contenido. Es precisamente a través del Derecho Objetivo como se señalan los límites socialmente tolerados de poder individual. En el fondo, pues, no es la sociedad civil la

que crea el Estado, sino el derecho objetivo, emanado del poder soberano del Estado, el que crea la sociedad civil. La norma es el marco en el que el poder individual es acorde con la organización política, erigiéndose en derecho subjetivo.

El derecho subjetivo deriva, en consecuencia, de una potestad legislativa que tiene un origen último prejurídico en la soberanía inherente a la organización política, y un origen jurídico inmediato en la Constitución del Estado. Los actuales códigos civiles y de comercio, que son normas básicas en la configuración de la sociedad civil, emanan del poder soberano del Estado, expresado como potestad legislativa; de tal forma que las leyes privadas no son otra cosa que la traducción jurídica de aquella potestad del Estado consistente en la definición de límites "lícitos" al poder individual, de tal forma que las diversas libertades sean compatibles entre sí y armoniosas con el poder del Estado.

A modo de resumen -un tanto impreciso todavía- la potestad sería una esfera cualquiera del poder soberano del Estado, que por su carácter ordenador de la sociedad, se le impone al individuo con mayor o menor intensidad, dentro o fuera del marco del Derecho, el cual, a su vez, es producto de la soberanía, en el caso del constitucional, o de una potestad soberana constitucionalmente expresada, en los demás niveles normativos.

Contrariamente, el derecho subjetivo se enmarca en todo caso dentro de la norma y existe más para coordinar las

libertades individuales que para jerarquizarlas, por más que admita las diferencias de poder individual.

En el fondo, la distinción entre potestad y derecho subjetivo puede observarse de forma implícita en un pasaje de BODINO (19) que reza como sigue:

"A fin de que pueda reconocerse quién es el príncipe soberano, es necesario conocer los atributos que no comparte con los súbditos, puesto que si se tratase de atributos comunes no podría hablarse de príncipe soberano".

Creo necesario apostillar que toda pretendida potestad o derecho subjetivo al margen del poder soberano del Estado, propende a crear una situación conflictiva con éste y, a veces, subversiva frente al mismo. La potestad eclesiástica en el orden espiritual, ha estado siempre en una situación de difícil equilibrio y armonía con las comunidades políticas. A su vez, la teoría de los derechos naturales, prejurídicos y preestatales de la persona, constituyeron un disolvente revolucionario de las instituciones del Antiguo Régimen que no podía ser conservado después de la Revolución Francesa, la cual los convirtió en derechos constitucionales y, por consiguiente, se enmarcaron en las coordenadas del Estado y del Derecho.

No ignoro, pues, que sobre todo el tema del derecho subjetivo puede complicarse más cuando se profundiza en su instrumentación revolucionaria, convirtiéndose en un problema de emergencia de otro poder constituyente. Del mismo -

modo soy consciente de la existencia de potestades extraestatales con peculiares formas de legitimidad; pero quiero aclarar que el objeto de esta tesis, extenso de por sí, se enmarca en el poder constituido estatal. El desarrollo de cualquier otro planteamiento sería ya materia de otra tesis que, quizás, entraría de lleno en el ámbito de la Ciencia Política.

No deseo terminar el presente epígrafe sin señalar que en la apuntada potestad normativa (a su vez, divisible en varias), no se agotan las potestades del Estado. Este realiza sus fines soberanos con una multiplicidad de ellas, ejercitadas por sus órganos legislativos, administrativos y judiciales. No obstante, cabe que el Estado, ordinariamente a través de las Administraciones Públicas, actúe como una persona privada más y se someta a las leyes de forma semejante a como lo hacen los particulares. Tal fenómeno se da por razones eminentemente prácticas de agilidad cuando la actuación administrativa concreta es instrumental de sus grandes fines, y no tiene una relación directa con el interés general. En estas ocasiones (relativamente escasas con referencia a la actuación administrativa global) en las que el Estado se sujeta al Derecho privado, la Administración aparece como titular de derechos subjetivos y de obligaciones y no como actuante de potestades. A pesar de todo, en el último capítulo se verá que también esta cuestión tiene matices.

4. LA RECEPCION DE ROMANO POR LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Es casi ocioso repetir que si me he ocupado de exponer y criticar el planteamiento de SANTI ROMANO sobre la potestad, ello se debe a la enorme influencia de dicho autor sobre la doctrina española que se ocupa de diversas disciplinas jurídicas, señaladamente del Derecho Administrativo.

Sería harto complicado y de escasa utilidad, seguir su huella a través de todos los autores influenciados; pero en cambio sí tiene sentido analizar en diversas disciplinas el influjo de ROMANO sobre profesores españoles que pueden ser considerados como cabezas de escuela. A pesar de todo, estoy seguro de que incurriré en lamentables omisiones, de las que me disculpo, por anticipado, ante los interesados.

En todo caso, este seguimiento va más allá de lo meramente descriptivo, puesto que es raro el caso de que -- nuestros grandes teóricos del Derecho hayan seguido a SANTI ROMANO de forma absolutamente repetitiva y literal. Suelen existir improntas personales muy apreciables que también me ocuparé de comentar.

En cuanto al orden a seguir para esta exposición, dividiré a los autores según la disciplina de la que sean especialistas y, dentro de éstas, seguiré el orden alfabético de los apellidos, cuando exponga el pensamiento de más de una persona.

4.1. La consideración de la potestad por la doctrina española del Derecho Administrativo

El hecho de situar tal disciplina en primer lugar, deriva tanto de los condicionantes personales, como del objeto de la presente tesis, e incluso de que es en dicha disciplina donde ha surgido con más fuerza la necesidad de comprender el tema. Repasemos ahora los autores:

a) GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ

Los maestros ahora considerados hacen referencia a la potestad, básicamente en relación con el principio de legalidad, como suele ser lo usual entre los tratadistas del Derecho Administrativo (20), pero no falta un análisis complementario del tema en los capítulos que dedican a la teoría del administrado (21).

En la obra de estos insignes profesores se sigue, con casi absoluta literalidad, a SANTI ROMANO y se pone el consecuente énfasis en la distinción entre potestad y derecho subjetivo, efectuada en los cánones del más estricto formalismo jurídico.

Es curioso observar, sin embargo, que después de repetir las tesis del maestro italiano, perciben claramente que en las potestades concretas se manifiesta el "poder público", puesto que son instrumentos aptos para convertir a éste en técnicas jurídicas precisas.

Es una lástima es que no insistan en esta vía, antes bien la abandonen, porque les conduciría a resultados

que difícilmente estarían en armonía con el bagaje teórico - proporcionado por SANTI ROMANO, el cual, conforme expuse, - constituye hoy una negativa losa sobre la doctrina científica, que acaso haya sido demasiado tímida a la hora de decidirse a romper esquemas, incluso cuando, como en el presente caso, se entró en la vía que podía haberlo permitido.

Así, los profesores ENTERRIA y T.R.FERNANDEZ no - van más allá, sin duda por causa de las siguientes consideraciones:

1°. Señalan que, pese a la inequívoca supremacía - política presente en las potestades administrativas, éstas - no son diferentes formalmente de potestades atribuidas por - el ordenamiento a los particulares.

Si los mismos autores se hubiesen decidido a poner en duda que los particulares, como tales, puedan ser titulares de auténticas potestades, acaso hubiesen llegado a conclusiones muy distintas.

2°. Incluso llegan a tachar de "simplismo" pretender que todas las potestades administrativas expresan necesariamente la superioridad política de la Administración, en cuanto que no siempre originan situaciones jurídicas de gravamen para el ciudadano.

Este argumento puede ser rebatido con facilidad si se tiene en cuenta que el poder se legitima precisamente, -- porque tiende a la satisfacción de los intereses generales.

3°. Precisan también ambos representantes de la más extendida escuela española del Derecho Administrativo, que las potestades, aún cuando expresen poder público, han de ser tasadas en un Estado de Derecho y jamás ilimitadas, in - condicionadas, ni absolutas.

Pues bien, esto es precisamente el poder político en el marco del Estado de Derecho; pero imagino que a los mismos autores no se les ocurriría pensar en una situación equivalente ante la emergencia de un nuevo poder constituyente.

4°. Lo que sí perciben es que "casi" todas las potestades administrativas son "potestades-función". Se limitan a dejar aparte las organizatorias, y aún esto lo expresan con un "quizás". La razón obvia de que esta situación se produzca, lo sería la calidad de fiduciario del poder público.

El único comentario a efectuar sobre el "quizás" es que la gran libertad de la Administración en su potestad autoorganizatoria obedece precisamente a evitar trabas para la eficaz consecución de los intereses generales. Por lo tanto, las potestades, en este ámbito, siguen siendo potestades-función. Es más; conforme se analizará en el último capítulo de esta tesis, hoy es absolutamente indefendible el concepto prusiano de un ámbito de potestad doméstica, al margen del principio de legalidad.

El marco teórico de SANTI ROMANO, al que tan cerca han estado de superar, ha terminado siendo de nuevo una ine-

vitale ley de hierro, de la que tan finísimos y relevantes juristas no han acabado de sustraerse. En este sentido, llegan a considerar que pueden existir potestades del administrado y ofrecen como ejemplo la acción judicial, que fuerza a los Tribunales a un pronunciamiento decisorio sobre una pretensión, sin estar condicionada a la titularidad auténtica de un derecho subjetivo.

Pienso que sólo el concepto formal de potestad aportado por ROMANO es lo que les conduce por mal camino. -- Acaso el tema pudiera ser más discutible si el ejemplo se hubiese desenvuelto en el entorno del denominado "ejercicio privado de funciones públicas", aunque estas situaciones, en realidad, transformen a los particulares en auténticos agentes de la Administración y, por lo tanto, en autoridades públicas. Por el contrario, el ejemplo de la acción, la cual efectivamente no está estrictamente vinculada al derecho subjetivo de fondo que, en su caso, ampararía la pretensión; no por ello tiene que ser asimilada a una potestad, que en este supuesto opera como "cajón de sastre" de todo aquello que no entronca bien con la idea de derecho subjetivo.

De hecho, un jurista de tan indubitada calidad como GUASP (22), aún cuando también se inclina a desgajar la acción del derecho subjetivo cuyo reconocimiento se pretende, sin embargo no la configura como una potestad, aunque tampoco se pronuncia, al considerarla un concepto preprocesal.

Personalmente, también me decanto por negar a la -

acción tal carácter, aunque a diferencia de GUASP, tiendo a pronunciarme por su consideración como una facultad del derecho subjetivo de carácter político de petición. Con esta -- construcción, la acción sigue siendo un derecho, por más que desvinculado del derecho subjetivo de fondo, el cual va a - ser discutido como objeto de la pretensión, a no confundir - con la acción.

b) GARRIDO FALLA (23)

Dicho profesor sigue al pie de la letra a SANTI ROMANO en lo referente a la consideración diferencial entre la potestad y el derecho subjetivo, e incluso logra una definición más clara y sintética de la potestad que el autor de referencia: *"es un poder de actuación que, ejercitándose de acuerdo con normas jurídicas, produce situaciones jurídicas - en las que otros sujetos resultan obligados"*.

A través de una cita de GEORG JELLINEK, sacada de la edición italiana de su *"System der subjektiven öffentlichen Rechte"*, refuerza la opinión de ROMANO, según la cual, los particulares pueden ser titulares de potestades. Ello se manifestaría en el status libertatis, o esfera de derechos - fundamentales de la persona; en el status civitatis, como poder de exigir prestaciones al Estado; y en el status activae civitatis, por referencia a los individuos que actúan con representación directa del Estado.

Según opino, los derechos fundamentales de la persona son derechos propiamente tales, aún en el caso de que -

dimanan directamente de la Constitución. Cuando se afirma de ellos un carácter preconstitucional, más que encontrarnos ante derechos o potestades, estamos en presencia de la justificación ideológica del surgimiento de un poder constituyente de carácter popular. El poder de exigir prestaciones al Estado, si tiene un reconocimiento con efectividad jurídica, es un derecho subjetivo como otro cualquiera; mientras que cuando no lo tiene (cosa frecuente en este ámbito), no es poder de clase alguna, sino un mero flatus vocis propio de una Constitución nominal o semántica, en la terminología acuñada por KARL LOEWENSTEIN (24). Como último punto de desacuerdo, es de indicar que los individuos que actúan en nombre y por cuenta del Estado, evidentemente no son titulares de la potestad, puesto que únicamente les corresponde su ejercicio.

FERNANDO GARRIDO alude también a la "potestad-función" para precisar que es un concepto útil en el Derecho privado, pero no en el Administrativo. Coincido felizmente con él en el último punto, puesto que también yo pienso que todas las potestades administrativas son "potestades-función"; pero ya he expresado que no creo en la existencia de potestades de Derecho privado.

Por último, efectúa una indudablemente útil referencia a la diferenciación entre deberes y obligaciones (tema en el que ROMANO no insiste demasiado). De este modo, siguiendo a GIANNINI (25), sitúa al deber en el ámbito de lo abstracto y a la obligación en el de lo concreto. Es así que el deber estaría para GARRIDO relacionado lógica-

mente con la potestad, y aunque no lo diga expresamente, la obligación se correspondería de forma inversa con el derecho subjetivo.

c) VILLAR PALASI

El profesor VILLAR PALASI, quien también ha estudiado a fondo la potestad en todos sus manuales de Derecho Administrativo, ha vuelto a reelaborar y sintetizar esta problemática en su última obra docente, elaborada con el profesor VILLAR EZCURRA (26). Estos autores no entran en problemas mayores de planteamiento, y circunscriben el tema a las potestades de la Administración, afirmando que la actuación administrativa (a través de actos y contratos), se realiza por medio de potestades atribuida normativamente a la Administración.

También reconocen que tienen en SANTI ROMANO su punto de partida, y como él intentan diferenciar la potestad del derecho subjetivo, lo cual hacen en base a los siguientes criterios:

1°. Por su origen respectivo en la norma o en la relación jurídica, al igual que el autor citado.

2°. Por su objeto, genérico en el caso de las potestades y concreto en el de los derechos subjetivos.

3°. Por su contenido de facultades y obligaciones, que se derivan inmediatamente de los derechos subjetivos y de forma mediata (a través de su ejercicio) en el supuesto de las potestades.

Como único comentario diré que aparte de lucir mejor sistemática que ROMANO, introducen alguna variación acorde con mis propios planteamientos, cual es la afirmación de que una potestad puede dar lugar a auténticas obligaciones.

Estos autores hacen también señalamiento de la importancia de la distinción, en cuanto que la Administración, además de tener atribuidas potestades, puede ser también titular de derechos subjetivos.

Existe además otra coincidencia sustancial con mis ideas al respecto (no en vano ha de hacerse notar el influjo del excelente maestro que es VILLAR PALASI), cuando se afirma en el libro que la potestad, como manifestación del poder público para la salvaguardia de intereses relevantes, es de ejercicio obligatorio, en tanto que el derecho subjetivo es de ejercicio facultativo. Por eso, a veces, a los poderes de Derecho privado que comportan la existencia de un deber, se les llama impropriamente "potestad", y ponen como ejemplo a la denominada patria potestad.

Coinciden con ROMANO cuando enuncian las características de la potestad, y confieso que yo también, salvo quizás en lo referente a su "irrenunciabilidad", que habría de ser matizada, conforme haré en esta misma tesis cuando entre en el tema de la relación entre potestad y competencia.

Muy al margen ya de SANTI ROMANO, se ocupan de estudiar las técnicas de atribución de potestad y sus requisitos. En este sentido, entienden que para poder ejercitarse -

una potestad, es necesario que se haya creado un ente admi -
nistrativo, con delimitación de sus competencias; e incluso
que se determine qué órgano dentro de tal ente recibe la com
petencia concreta para ejercer la potestad de referencia. -
Por último, deberá haber una atribución legal de potestad; -
mas antes de entrar en este último punto, conviene precisar
que entiendo, con MARIANO BAENA (27), que la existencia de -
una persona jurídico-pública no es requisito necesario para
el ejercicio de una potestad. De hecho, en el marco de Espa-
ña como Estado, que no es persona jurídica a los efectos del
Derecho interno, las Comunidades Autónomas no están personi-
ficadas por la Constitución, ni tampoco, salvo en unos pocos
casos, los respectivos Estatutos de Autonomía predicen la -
personalidad jurídica de sus Administraciones Públicas
y qué duda cabe que las Comunidades Autónomas y sus Adminis-
traciones ejercitan válidamente potestades. Curiosamente VI-
LLAR PALASI y VILLAR EZCURRA, quienes disocian con razón --
frente a SANTI ROMANO la potestad de la capacidad, al afir -
mar que esta última es predicable de las personas privadas,
mientras que las públicas vienen adjetivadas por la competen-
cia, al final no acaban de sustraerse de criterios jurídico-
formales que, como el dogma de la personalidad, han sido ele-
vados a auténticos mitos. La personalidad no es más que una
construcción que le ha sido muy útil al Derecho privado para
conceptuar de alguna manera a un centro de imputación de re-
laciones jurídicas, pero cuya conversión en dogma de la Teoría
General del Derecho no es ni necesaria, ni acorde con la rea

lidad, ni mucho menos un prerrequisito para el ejercicio de la potestad. Quien no esté de acuerdo conmigo, no tendrá más remedio que concluir que un Parlamento no personificado (y - no conozco ninguno que lo esté), no podría legislar por carecer, según la idea criticada, de potestad (legislativa en este caso).

Si se retoma el discurso de VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA en cuanto a la atribución legal de potestades, los coautores afirman la necesidad de ésta, debido al significado del principio de legalidad para la Administración Pública y al de la potestad como poder jurídico. Acto seguido, reparan en tres importantes matices al respecto:

- 1°. Las potestades inherentes.
- 2°. Las cláusulas generales de apoderamiento.
- 3°. El ejercicio reglado y discrecional de la potestad.

Antes de proseguir, sería adecuado recordar que la inusual extensión a la que estaría abocada esta tesis doctoral si la desarrollase hasta sus últimas consecuencias, me - impele a dar por supuestas cuestiones que, a pesar de estar directamente relacionadas con la potestad, no necesitan ser reelaboradas y son lugares comunes apenas debatidos hoy por la doctrina científica, cual es el caso de la distinción entre el ejercicio reglado y discrecional de la potestad. En - cambio, otros temas menos divulgados pero de indudable interés, con cuyos autores pueda estar en muy amplio o total grado

do de concordancia, los plantearé de forma resumida, con cita de la procedencia. Este es el caso de los puntos 1° y 2° que se acaban de enunciar. Las referencias "in extenso" las reservo para aquello que requiera de un replanteamiento más o menos original, al menos en la medida en que sea capaz de verlo y tomada cuenta de que afortunadamente todos somos tributarios de nuestra cultura y del conocimiento ajeno.

Por todo lo expuesto, resumo ahora los matices que a la atribución legal de potestad efectúan VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA, acabados de enmarcar con los números 1° y 2°.

1°. Las potestades inherentes

Se suele entender que la ley, no sólo atribuye a la Administración todas aquellas potestades que expresamente le conceda, sino también aquellas otras que sean necesarias para que pueda cumplirse el fin que la ley persigue.

En el libro se da el ejemplo del antiguo Servicio Nacional del Trigo, cuando por Decreto-Ley de 23 de agosto de 1937, al objeto de canalizar el intervencionismo administrativo en la producción y distribución del trigo y de sus principales derivados. Sin embargo, se entendió casi desde el principio que tenía potestades inherentes sobre cualquier cereal panificable. Incluso un Decreto de 15 de junio de 1940, elevó tal extremo a nivel normativo expreso, por más que muy bien podía defenderse que la potestad inherente permanecía, al no tener un Decreto rango suficiente para definir las funciones de un organismo autónomo como el S.N.T.

Para evitar que el abuso de la noción de "potestades inherentes" pueda originar una contravención del principio de legalidad, habría que convenir en que sólo existe potestad inherente cuando de no admitirlo se llegase a una solución absurda.

Como a su vez precisan muy bien VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA, en el fondo, la doctrina de las potestades inherentes no es más que un sector dentro de la problemática general de interpretación de la ley, puesto que la letra de la norma no puede prevalecer frente a su espíritu.

También aducen de forma correcta que el tema contrario al de las potestades inherentes es la desviación de poder.

2°. Las cláusulas generales de apoderamiento

En principio, toda potestad ha de ser mensurable; debe tener un contenido específico. Las atribuciones abstractas de potestad, no son ortodoxas, por las siguientes razones:

- Los poderes ilimitados no son muy acordes de principio con el Estado de Derecho.

- Tampoco son muy ortodoxos en la organización administrativa que se basa en la distribución de tareas, determinadas por la diversidad competencial.

- Sólo una potestad limitada es compatible con la libertad individual.

De todas formas hay potestades indeterminadas a -

priori que, sin embargo, también están limitadas. Un ejemplo de este fenómeno se presenta en el artículo 117 de la pronta a ser sustituida Ley de Régimen Local, que atribuye potestades de excepción a los alcaldes en casos de calamidades o -- trastornos graves del orden público. Los límites que preci -- san VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA, son los siguientes:

1. Para ejercerlas, debe existir la constatación -- de su presupuesto de hecho (en el ejemplo referido, calamida -- des o trastornos del orden público).

2. Deben ejercitarse conforme al principio general del Derecho de proporcionalidad de medios a fines.

En este punto, creo conveniente matizar, en contras -- te con los autores, que los principios generales del Derecho no operan como límites a la potestad, sino que contribuyen, como normas que son, a determinarla esencialmente. Lo mismo sucede cuando se afirma que los principios generales del De -- recho permiten controlar el ejercicio discrecional de una po -- testad. Ello no es así, puesto que la calidad de norma inhe -- rente a los principios generales del Derecho, hace que exis -- ta un menor ámbito de discrecionalidad. A fin de cuentas, -- los principios generales del Derecho no deben ser vistos co -- mo técnicas de control de potestades, sino como elementos -- normativos definidores de las mismas.

4.2. La potestad, considerada por las escuelas españolas de otras disciplinas jurídicas, señaladamente del Derecho Civil

La verdad sea dicha, cuando he intentado desbrozar el tema de referencia de la tesis en autores especializados en ramas del Derecho distintas del Administrativo, me he encontrado con escasísimas referencias.

En el ámbito del Derecho Financiero, todo tratamiento detallado es raro de hallar, lo cual es lógico si tenemos en cuenta que en esta disciplina, lo procedente es remitir el tema al Derecho General de las Administraciones Públicas.

Más difícil resulta entender por qué nuestros grandes maestros del Derecho Político también obvian la cuestión. Seguramente se piensa que ya es bastante con aludir al poder, como núcleo central de la Política y al concepto de Soberanía.

Por último, no ha dejado de sorprenderme que entre los grandes cabezas de escuela del Derecho Civil, únicamente DIEZ-PICAZO y GULLON sobrepasen la mera mención de la cuestión, máxime cuando todos los tratadistas han de mencionar en sus manuales la relación jurídica y el derecho subjetivo. Habrá que proceder, pues, al exclusivo estudio y comentario de las ideas que aportan los autores acabados de citar.

DIEZ-PICAZO y GULLON (28)

Estos profesores, como sucede con la mayoría de los civilistas, se ocupan del estudio de la potestad, preci-

samente para diferenciarla del derecho subjetivo. Sigue en ellos vigente la idea de ROMANO, por más que no le citen expresamente, de considerar que caben potestades de Derecho Privado, en demostración de lo cual, se presenta el inevitable ejemplo de la potestad paterna. Es de agradecer, sin embargo, a tales autores, que reconduzcan el concepto a la potestad-función, puesto que señalan como característico de toda potestad la defensa de los intereses de otra persona.

Aunque no entre directamente en nuestro objeto de interés, es de recibo su buena definición de los "derechos públicos subjetivos" (a diferenciar de las potestades), que se dan en las relaciones de Derecho Público existentes entre el Estado y los ciudadanos, cabiendo que tales derechos se den en favor del Estado o de los ciudadanos, según los casos. Sin embargo, cuando ofrecen ejemplos de derechos públicos subjetivos de titularidad estatal, no hacen sino describir otra cosa sino auténticas potestades, puesto que tanto en el caso que citan del servicio militar, como en la posibilidad de establecer y exigir prestaciones tributarias, nos encontramos ante auténticos derivados directos de la soberanía -- del Estado, o lo que es lo mismo, potestades.

Aprovecho la ocasión para mencionar que si bien toda posibilidad de que un particular exija legalmente del Estado el cumplimiento de una obligación es, casi con total seguridad, un derecho subjetivo de carácter público; en cambio, la situación inversa nos coloca, las más de las veces, ante una auténtica potestad.

En el fondo, DIEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS, harto dubitativos, vienen a coincidir bastante con mis planteamientos, cuando señalan luego que los derechos públicos subjetivos de titularidad estatal no son sino potestades.

Ante semejantes dudas y sombras, creo que es mi deber expresarme con toda claridad, y definir, aún cuando sea incidentalmente, mi postura sobre los derechos públicos subjetivos.

En primer lugar debo decir que se trata hoy de una categoría perfectamente superflua. Evidentemente esta afirmación ha de ser matizada, ya que muy relevante doctrina española (29) y extranjera se ha ocupado del concepto.

La teoría de los derechos públicos subjetivos surgió con los tintes iusnaturalistas propios de los derechos fundamentales de la persona humana, y evolucionó en el sentido de ser equivalente, cuando el sujeto activo de tales derechos era el ciudadano, a los derechos listados en las correspondientes declaraciones constitucionales. Posteriormente, y acaso por razones técnicas, esta noción se utilizó para expresar a su vez los derechos del Estado frente a ciudadanos concretos, amparados por normas de carácter público. Parece que esta última acepción estuvo impulsada por la progresiva despolitización de los derechos públicos subjetivos de los particulares, una vez asentados los Estados de Derecho, lo cual permitiría su tecnificación y la consideración de derecho público subjetivo de la relación jurídica inversa.

Una acepción de los derechos públicos subjetivos - en este sentido biunívoco resultaba muy útil para denominar de alguna manera a aquellas relaciones de poder estatal que no cuadraban bien con el concepto de potestad, tal y como ha sido comprendido por ROMANO y la integridad de la doctrina - iusadministrativista, a saber, cuando este poder plasmaba en una relación jurídica concreta y no en una supremacía abs -- tracta.

En segundo término y sentadas ya las premisas, no me queda más remedio que justificar lo superfluo de la no -- ción en la actualidad.

No debiera hacer falta repetir que en esta tesis - el criterio empleado de distinción entre potestad y derecho subjetivo nada tiene que ver con el poder genérico en contra posición al poder expresado en una relación jurídica concreta. Muy al contrario, la potestad es poder político, entre o no en el mundo de lo jurídico, y el derecho subjetivo no lo es. La diferencia es bien clara: Las potestades jurídicas - parten de una situación legal o constitucional definitoria - de poder desigual en pro del Estado (en sentido amplio) fren te a los ciudadanos, precisamente para defender con inmediatez y eficacia los intereses generales de la colectividad. Por contra, los derechos subjetivos se producen en el - marco de la sociedad civil, definido por el Derecho objetivo bajo el principio de igualdad, independientemente de que, - sin perjuicio de dicho principio, las situaciones concretas de la vida den lugar a relaciones reales de desigualdad prác

tica.

Ante un planteamiento tal, un derecho subjetivo - del Estado, aún cuando se ampare en normas de Derecho Administrativo, no es distinto de un derecho subjetivo privado. Así, por ejemplo, mientras que la expropiación forzosa es una potestad, la posibilidad de ocupar la cosa expropiada es la facultad de un derecho subjetivo tan usual como el de propiedad. Tildar de "público" este derecho subjetivo tan corriente, tan usual para todos, como es el de la propiedad privada, por el mero hecho de que la posibilidad de ocupación esté - considerada en la Ley de Expropiación Forzosa, no es falso, pero sí perfectamente innecesario.

Otra cosa sería cuando se parte de una distinción formal entre la potestad y el derecho subjetivo en el sentido de contraponer lo genérico a lo concreto. Cuando tal criterio no se corresponde con los hechos y hay que considerar como derecho subjetivo desde el punto de vista lógico a lo que la intuición dice que no lo es, porque encierra una dosis muy - real de poder político, se le añade a tal "derecho" el calificativo de "público" y pasa a ser derecho subjetivo "de otra manera", aunque no se sepa muy bien cuál.

Por lo que se refiere a la consideración actual de los derechos públicos subjetivos del sujeto ciudadano, con - ellos se quiere significar la posibilidad que éste tiene de exigir al Estado como un todo, o sólo como Administración, - determinadas conductas, prestaciones, o simplemente participar en los asuntos públicos. Las únicas diferencias con los demás derechos subjetivos es que a menudo dicha exigibilidad

es más difícilmente articulable, que el derecho de participación a veces incide en la configuración de las instituciones políticas, por más que individualmente considerado no implique el ejercicio de poder político y que, por último, tales derechos suelen estar constitucionalizados, lo que les confiere un mayor grado de estabilidad. Como se comprenderá, estas diferencias son tan de matiz que también aquí es perfectamente superflua, en los actuales tiempos, la apostilla de "públicos" que la doctrina les otorga.

En conclusión, manténgase si se desea la categoría de los derechos públicos subjetivos; pero hoy en día, desarraigados de las circunstancias históricas que les dieron sentido, no solucionan nada que no esté resuelto con la noción pura y simple de derecho subjetivo, a no ser la posibilidad de tener una especie de categoría residual en la que forzar la entrada de auténticas potestades que no serían tales en el marco conceptual de SANTI ROMANO.

5. LA VUELTA A LOS ORIGENES EN BODINO

5.1. El significado de la soberanía

Conforme ya se justificó anteriormente, para una adecuada comprensión del ser y esencia de la potestad, es necesario remontarse a uno de los primeros y más grandes teóricos del Estado. Me refiero al "politique" (30) JEAN BODIN (1530-1596), quien en el año 1576 terminó de escribir una gran obra que, a diferencia de otros presumiblemente interesantes libros suyos, no quemó. Se trata de "Les six livres de la république". En ella estaba presente el propósito de situar al Monarca y fundamentalmente al Estado, por encima de los perentorios y disgregadores intereses de las facciones religiosas. Conforme precisa SABINE (31), su importancia estriba en que "sacó a la idea del poder soberano del limbo de la teología en el que la había dejado la teoría del derecho divino. Al hacerlo así, llegó a un análisis de la soberanía y a la inclusión de esta idea en la teoría constitucional".

Quizás -conforme veremos más adelante en citas literales de su obra- más que negar la soberanía de Dios para pasar a estatalizarla formalmente, se limitó a respetar la forma de una soberanía divina, para privarla de su sustancia política legitimadora del poder temporal de potestades supra estatales, como la eclesiástica. Acaso la existencia del Santo Oficio, o quizás la prudencia, impidió a BODINO llegar más allá; pero de hecho, en su obra desvistió a la todavía -

predicada soberanía de Dios de cualquier posibilidad de tener un peso político contrario a la razón de Estado.

Lo que importa al objeto de esta tesis no es entrar a fondo en el pensamiento del autor, sino desentrañar lo que pueda haber de permanente en su idea de soberanía y, sobre todo, encontrar la fuente que nos permita relacionar a ésta con la potestad.

Según BODINO, "la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república" (32).

Nuestro autor, pese a que arrancó del concepto romanista de la "maiestas" imperial, al entender la soberanía como perpetua la estaba transformando en abstracta, puesto que la desvinculaba de cualquier encarnación humana concreta, e incluso del modelo monárquico-absolutista de Estado (33). De ahí derivan una serie de conclusiones importantes:

a) Tal concepto de soberanía hace tan mística como abstracta la realidad absoluta del poder del Estado, que siempre es tal, independientemente de la forma política que éste revista. Consecuentemente, no debiera sorprender a nadie encontrar en "Los seis libros de la República" párrafos como los que se apuntan acto seguido:

"En resumen: si lo deseable es que los magistrados obedezcan a las leyes y los súbditos a los magistrados, nada mejor que el Estado popular, donde sólo la ley es señora y dueña de todos" (34).

En otro lugar de su obra advirtió que una cosa era el Estado de la "res publica" y otra muy distinta la forma de

Gobierno, que sólo tenía que ver con cuál fuese el órgano de positario de la soberanía. Así, distinguía tres clases de re públicas: monárquica, aristocrática y democrática, según el número de personas que detentasen la soberanía. No creía que fuese posible una forma mixta, al considerarla demasiado -- inestable, puesto que la inevitable lucha por el poder daría lugar a una guerra, que acabaría con el triunfo de uno de - los principios simples.

Parece que BODINO no llegó a imaginar el mecanismo existencial de las modernas democracias, que son en realidad formas mixtas de Gobierno, cuyo contrapeso entre el elemento monárquico, aristocrático y popular se articula a través de una ley soberana que es la Constitución (en este mismo apartado daré cumplida explicación de lo que ahora expongo), amparada en un poder constituyente popular que asume el anti - guo papel de Dios.

De todas formas, acaso JEAN BODIN intuyó más de lo que fue capaz de razonar, puesto que admitió la posibilidad de que se diera una "monarquía con gobierno popular", que sería "la monarquía más segura posible" (35).

b) La perpetuidad de la soberanía le permitió distinguir con claridad al príncipe soberano del dictador comisario (36):

"Digo que este poder es perpetuo, puesto que puede ocurrir que se conceda poder absoluto a uno o a - varios por tiempo determinado, los cuales una vez transcurrido éste, no son más que súbditos. Por -

tanto, no puede llamárseles príncipes soberanos - cuando ostentan tal poder, ya que sólo son sus -- custodios o depositarios, hasta que place al pueblo o al príncipe revocarlos. Es éste quien permanece siempre en posesión del poder" (37).

c) La soberanía en BODINO entronca claramente con el concepto actual de potestad; puesto que, como ha sido afirmado con gran finura por PEDRO BRAVO (38), a partir de BODINO la soberanía aparece como una síntesis en el Estado entre "auctoritas" y "potestas":

"(...) se manifestó (...) una tendencia a equiparar ambos conceptos, en la medida en que la auctoritas -que, en su origen, fue referida exclusivamente a un poder con pretensión de universalidad: El Papa o el Emperador- fue llenándose de un contenido concreto de poder, de acuerdo con las exigencias o necesidades de su titular - lo que significó identificarla con la potestas, es decir, - con un conjunto de poderes derivados y, por tanto, no originarios -".

En otro orden de cosas opino, con BODINO, que la soberanía, en el pleno sentido de la expresión, es necesariamente un poder absoluto, de clara naturaleza política y prejurídico.

Dado que estas afirmaciones suelen ser controvertidas por ilustres estudiosos del Derecho y politólogos, me veo en la necesidad de dar una explicación coherente y satisfactoria de lo dicho y también, ¿por qué no?, de matizarlo:

Según entiendo tal cuestión, la soberanía es abso-

luta solamente en potencia, o lo que es lo mismo, sólo se manifiesta con todo su esplendor y en acto, cuando opera el - siempre latente poder constituyente (39), puesto que éste es la fuente material de la Constitución, la cual marca precisamente el tránsito de aquél al poder constituido, que ya se mueve en su marco jurídico. Los actuales mecanismos autolimitativos del poder en el Estado de Derecho -que son básicamente la división de poderes y la salvaguardia constitucional - de los derechos fundamentales de la persona- no son, por supuesto, en el plano de lo real algo externo al Estado ni metasoberano, puesto que tienen existencia únicamente en modelos concretos de poder constituido.

En resumidas cuentas, desde mi óptica, habría que considerar dos facetas en la soberanía; la potencial, que contiene en sí el germen sublime de lo absoluto y que se pone en acto como poder constituyente (40), y la normal, que desde el punto de vista político es la decisión de dicho poder constituyente, que da origen al poder constituido y que, vista en perspectiva jurídica, equivale a la Constitución - misma del Estado.

Muy en el fondo, en JEAN BODIN está presente la - misma idea, que incluso permite ofrecer una clave explicativa de las aparentes paradojas (contradicciones, según algunos) de su pensamiento. Si bien nuestro autor no se plantea la equivalencia de lo que yo denomino "soberanía normal", como idea política y Constitución del Estado como concepto jurídico; en cambio, se refiere a veces a una soberanía absolu

ta e irresistible, la cual no es otra que el poder constituyente de Dios (concepto todavía vigente en su época), mientras que en otras ocasiones alude a una soberanía más limitada y atribuida, precisamente, al Monarca absoluto. Si se tiene en cuenta que éste es, a fin de cuentas, un poder constituido, no debe resultar extraño que su soberanía tenga algunas (aunque muy escasas) fronteras. Por otra parte, para cualquier persona que se asome a la Historia con un mínimo de profundidad, resulta evidente por ampliamente contrastable, que esta clase de monarcas jamás fueron tan absolutos como este calificativo da a entender.

Incluso debiera ser observado que en BODINO el monarca no tiene siquiera plenamente lo que yo denomino soberanía normal, puesto que si bien nuestro autor parece denotar una cierta tendencia a ver en el príncipe una encarnación temporal del Estado, no es menos cierto que BODINO considera que la soberanía de éste arraiga con más fuerza en la Corona como institución que en la persona misma del Rey.

Después de tanta afirmación seguida, creo que no me queda dispensa alguna para no aportar textos:

a) Calificativos de Dios:

"El gran Dios soberano" ().

"Gran Príncipe de la naturaleza" (41).

b) El poder constituyente de Dios:

"El monarca soberano (...) sólo debe juramento a Dios, de quien recibe el cetro y el poder" (42).

c) La "maiestas" de Dios en lenguaje esotérico:

"Ese gran Rey eterno, único, puro, simple, indivisible, elevado por encima del mundo elemental, del celeste y del inteligible, una los tres puntos, haciendo patente el esplendor de la majestad y la dulzura de la armonía divina - en todo este mundo, a ejemplo del cual el rey sabio debe conformarse y gobernar su reino" (43).

d) La afirmación de que el príncipe está sujeto a la ley divina es difícilmente articulable contra aquél pero, desde luego, no permite al Rey el "ius in sacra".

"La soberanía dada a un príncipe con cargas y condiciones no constituye propiamente soberanía, ni poder absoluto, salvo si las condiciones impuestas al nombrar al príncipe derivan de las leyes divina o natural" (44).

"Si decimos que tiene poder absoluto quien no está sujeto a las leyes, no se hallará en el mundo príncipe soberano, puesto que todos los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios y de la naturaleza y a ciertas leyes humanas comunes a todos los pueblos" (45).

"En cuanto a las leyes divinas y naturales, todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas, y no tienen poder para contravenirlas, si no quieren ser culpables - de lesa majestad divina, por mover guerra a Dios, bajo cuya grandeza todos los monarcas del mundo deben unirse e inclinarse la cabeza con todo temor y reverencia. Por esto, el poder soberano de los príncipes y señores soberanos no se ex -

tiende, en modo alguno, a las leyes de Dios y de la naturaleza" (46).

"Si el príncipe prohíbe el homicidio bajo pena de muerte, ¿no queda, pues, obligado a su propia ley? En tal caso, dicha ley no es suya, sino que se trata de la ley de Dios y de la naturaleza, a la cual está más estrictamente obligado que cualquiera de sus súbditos" (47).

"Así, quienes afirman, en términos generales, que los príncipes no están sometidos a las leyes, ni incluso a sus propias convenciones, injurian a Dios si no exceptúan las leyes divina y natural y las justas convenciones y tratados en que participan" (48).

e) El reforzamiento real de la Monarquía absoluta con la presunción de que el príncipe no incumple la ley divina:

"Lo que no es lícito es que el súbdito contravenga las leyes de su príncipe so pretexto de honestidad o de justicia ..., porque la ley prohibitiva es más fuerte que la equidad aparente, si la prohibición no va directamente contra la ley de Dios y de la naturaleza" (49).

f) La progresiva afirmación de la idea de Estado - va desplazando a la persona del príncipe incluso de la plenitud de soberanía normal, para pasar a ser, aunque en muy escasa medida, órgano depositario de la soberanía:

"En cuanto a las leyes que atañen al Estado y a la fundación del reino, el príncipe no las puede derogar por -

ser anejas e incorporadas a la Corona, como es la ley sálica; si lo hace, el sucesor podrá siempre anular todo lo que hubiere sido hecho en perjuicio de las leyes reales, sobre las que las es superior y fuera la voluntad soberana" (50).

Después de este ilustrativo repaso de textos, puede quedar clara mi afirmación anterior, según la cual la "soberanía potencial", absoluta e ilimitada, sólo corresponde a Dios; mientras que la "soberanía normal" pertenece al príncipe en todo aquello que no tenga que ver con las leyes fundacionales de la Corona; puesto que en este solo aspecto, no es siquiera "soberano normal", sino órgano depositario de la soberanía.

No es, pues, nada extraño que el príncipe soberano no pudiese expropiar sin pagar un justiprecio (por derecho natural), ni enajenar el dominio público o modificar las reglas de sucesión al trono (al tratarse de leyes, usos y costumbres vinculados a la Corona).

Acaso se me pueda acusar de que estoy prestando a la obra de BODIN una coherencia de la que, en sí misma considerada, carece. Creo con honestidad que esto no es así, en la medida que BODINO no tenía posibilidad alguna de expresarse con mayor claridad. Entiendo que él podía haber distinguido perfectamente entre una soberanía ilimitada como poder constituyente, y una soberanía normal del Estado constituido. De hecho, la idea del poder constituyente, aplicada a Dios, tiene raíces medievales; pero si a ella le añadimos un concepto de soberanía predicable de toda forma de Estado, hubie

ra podido dar suficientes pistas a sus antagonistas, partidarios de la rebelión, para predicar un poder constituyente popular, que no llegaría sino hasta dos siglos más tarde de la mano de SIEYES.

Incluso el hecho mismo de que el propio BODINO condenase a la hoguera a su obra "De Imperio", es sintomático - de que acaso temiera decir demasiado.

5.2. Corolarios

Con la clave explicativa que se acaba de ofrecer, es visible que teorías sobre la soberanía decididamente "antibodinistas", como la de GEORG JELLINEK (51), que es reacia a comprender el Estado desde teorías extrajurídicas del poder, ni son necesarias ni coherentes, y ni siquiera complementan la perspectiva de BODIN.

No son necesarias porque, aún cuando la absoluta soberanía potencial va más allá del Derecho, precisamente por su calidad de poder constituyente, en cambio la soberanía normal, que equivale en el ámbito de lo político a lo que jurídicamente es la Constitución, se reconduce ya al Derecho.

No son coherentes al ser ilusoria la pretensión de que la fuerza revolucionaria insita en el poder constituyente se someta a un orden normativo. Pensar tal cosa equivaldría a tanto como creer de verdad que puede existir un Derecho de la guerra con una eficacia siquiera razonable.

Tampoco complementan la perspectiva de BODIN, pues to que tal autor admite la sujeción del príncipe al Derecho divino, natural y de gentes, así como a las reglas institucionales del Estado.

Lo que se acaba de apuntar nos conduce a dos conclusiones sustanciales y con un elevado grado de permanencia histórica:

a) El concepto político soberanía normal de un Estado, equivale a su Constitución, desde un punto de vista jurídico.

b) Si aceptamos que la soberanía es el conjunto total de potestades de un Estado, habrá que convenir como corolario que éstas se contienen formalmente en su Constitución, la cual determinará, además, los límites jurídicos de su ejercicio y efectuará una primera distribución de las mismas entre los Altos Organos y Poderes del Estado.

BODINO enunció las que él entendía como más importantes potestades, bajo la denominación del "atributos del soberano", los cuales definía -recordémoslo- como aquéllos que no puede compartir el príncipe con sus súbditos. A pesar del tiempo transcurrido desde el año 1576, la enumeración que hizo sigue siendo bastante válida.

Tales potestades son:

1^a. Legislativa: Significa "dar leyes a todos en general y a cada uno en particular (...), sin consentimiento de superior, igual o inferior" (52), siendo la ley "el mandado

to del soberano, que hace uso de su poder" (53). Tal potestad legislativa es "el carácter principal de la majestad soberana y poder absoluto" (54).

2^a. Declarar la guerra y hacer la paz: "los que más fuertemente afectan la paz o la seguridad del Estado" - (55).

3^a. Nombramiento de los altos oficios del Estado: puesto que han de reconocer al poder soberano, aquéllos que se encargan de imponerlo a los súbditos.

4^a. Derecho de última instancia: tanto a nivel de juzgar como de conceder gracia.

5^a. Monopolio de emisión de moneda y patrones de medida y peso.

6^a. Derecho de imponer tributos o de eximir de ellos.

Obsérvese que nada hace referencia a la Religión.

Veamos ahora el planteamiento constitucional de la soberanía y de la distribución de potestad en los regímenes políticos de nuestro actual entorno:

En las democracias occidentales, los límites de la soberanía normal vienen constituidos fundamentalmente por la garantía constitucional de los derechos fundamentales de la persona; mientras que la distribución primera y básica de potestades se expresa en el sistema de división de poderes. Con ambos mecanismos se pretende que el poder del Estado, cu

yo ejercicio está legitimado por las imperiosas exigencias - del interés general, sea el presupuesto necesario para hacer efectivos los ámbitos de libertad que pueden tener los ciudadanos y no un mecanismo conducente a la aniquilación de aquella.

Los derechos fundamentales de la persona, en la medida de su inserción en la Constitución, consagran hoy esferas de libertad inexpugnables por los órganos depositarios - de la soberanía y demás poderes públicos.

Una división de poderes realista y convenientemente calculada, comporta un reparto y contrapeso recíproco de potestades entre órganos soberanos, cuyo equilibrio, al limitarse unos a otros, es la más eficaz salvaguardia del poder autónomo del ciudadano o, lo que es lo mismo, de su libertad. Se trata aproximadamente del mismo mecanismo por el que, después de la paz de Westfalia de 1648, se rigen abiertamente - las relaciones internacionales. Sólo el mantenimiento del equilibrio de poder entre las potencias asegura que el mundo no sea tiranizado por una de ellas.

El esquema de división de poderes que apuntó MONTESQUIEU (56), adaptando a Francia, más que alterando, la estructura británica descrita por LOCKE (57), tiene el problema de que, como todo otro dogma, ha sido seguido de manera demasiado formal y lineal por las constituciones, hasta el punto de que a menudo ni responde a la dinámica auténtica del poder, ni lo distribuye, ni comporta siquiera que la -- Constitución sea soberana, al originar tales desequilibrios

que un solo órgano del Estado es auténticamente depositario de la soberanía, al estilo de lo que sucedía con el príncipe descrito por BODIN. Tal fenómeno se dió en el Derecho Constitucional liberal inicial, al tomar excesiva fuerza la idea - de la soberanía del Parlamento, que daba lugar a una distribución del total de las potestades soberanas entre los órganos del Estado, vía ley. Ello originaba que la voluntad del Parlamento, en la que residía el derecho de primera y última instancia de la distribución del poder, fuese más o menos - equivalente, en el plano fáctico, a la Constitución misma. - Sabido es que la gran ruptura de este esquema se produjo en los países del Common Law con la "Judicial Review" (58), que tuvo una manifestación relativamente paralela en el resto de las democracias occidentales con la existencia, a partir de los años 20, de Tribunales Constitucionales, al objeto de - asegurar la soberanía de la Constitución y no de un único órgano del Estado.

A fin de cuentas, en la lógica de funcionamiento - de nuestros sistemas políticos, las potestades deben ser distribuidas de la siguiente forma:

a) Por la propia Constitución se atribuyen directamente potestades soberanas a los Altos Organos del Estado.

b) En un Estado democrático, el Parlamento es el - órgano sustancial y de necesaria preponderancia relativa, al ser expresión de la voluntad popular; de ahí que asuma la mayoría de las potestades, precise en la medida permitida por

la Constitución el alcance de las potestades que atribuye ésta a los otros Altos Organos del Estado, y atribuya por sí mismo potestades a otros poderes y órganos públicos.

Opino que, antes de pasar a mayores desarrollos y concreciones, no estaría de más dar un ejemplo procedente de la Constitución Española de 1978, que los tiene en abundancia, hasta el punto de que se pueden encontrar abriendo sus páginas al azar, como yo mismo lo he hecho. Así, ha aparecido el artículo 106, el cual, en su primer apartado, dice:

"Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican".

Tal precepto significa, ni más ni menos, que mientras esté vigente la Constitución de 1978, los Tribunales tienen una potestad atribuida directamente por nuestra ley de leyes, que les permite controlar otra potestad, cual es la reglamentaria de la Administración, la sujeción de ésta al principio de legalidad y la desviación de poder. Las Cortes Generales pueden, mediante ley, establecer otros controles sobre las mismas materias y precisar, sin contravenir el espíritu de la Constitución, el alcance de este precepto, porque así lo permite su artículo 117 pero, en ningún caso, pueden negar a los Tribunales, por ejemplo, su potestad de apreciar la existencia de desviación de poder en la actuación administrativa.

Lo que se acaba de decir es una verdad de perogrullo.

llo; sin embargo, la prueba de que no la tenemos de forma habitual in mente, se demostrará en el transcurso de esta te - sis, fundamentalmente en su capítulo V.

6. SINTESIS PRELIMINARES

Antes de entrar en los siguientes capítulos de esta tesis doctoral, que tienden más a lo concreto pero se estructuran sobre la base de las ideas expuestas en el presente, es conveniente, aún a riesgo de ser reiterativo, expresar linealmente y con claridad las conclusiones que ya han sido alumbradas.

1°. La soberanía es la abstracción y el resumen del poder total del Estado.

2°. La soberanía tiene una vertiente potencial de poder constituyente que está por encima del Derecho.

3°. La soberanía normal es un concepto político que se da a partir de la decisión del poder constituyente que da origen al poder constituido. Tal soberanía normal, como concepto político, tiene su traducción jurídica en la Constitución del Estado.

4°. La soberanía es un conjunto de potestades. En consecuencia, éstas se expresan jurídicamente en la Constitución que, además, da las grandes pautas de su distribución primera entre los órganos del Estado depositarios de la soberanía.

5°. En las democracias de nuestro entorno político, el Parlamento, al ser el órgano que expresa la voluntad popular y, por lo tanto, el más directamente ligado a la soberanía potencial nacional, es el órgano del Estado que recibe -

las potestades soberanas más importantes, pudiendo, dentro - del respeto a la Constitución, matizar el alcance de las que ésta atribuye directamente a los Altos Organos del Estado e, incluso, hacer una segunda distribución de potestad a través de la ley.

6°. El poder soberano del Estado puede dejar a los particulares esferas de poder individual acordes con el Derecho, bien a través de autolimitaciones de la soberanía nor-mal, que son los derechos fundamentales de la persona garantizados constitucionalmente, bien por medio de la potestad - legislativa, origen de derecho objetivo que es el marco de - los derechos subjetivos posibles. Tales compartimentos no - son estancos, puesto que el alcance de los derechos fundamen- tales de la persona suele estar matizado por la ley; y, de - hecho, aún cuando se amparan directamente en la Constitución, no hay que olvidar que, aunque soberana, ésta es también una norma jurídica.

7°. La potestad es poder político y, por lo tanto, con vocación organizadora de un conjunto social, que forma - parte de la soberanía, estando más allá del Derecho cuando - ésta es potencial, y que entra en el mundo de lo jurídico al normalizarse el poder soberano en Constitución, para ser distribuida por ésta entre los órganos depositarios de la sove- ranía, uno de los cuales (el Parlamento) puede normalmente - matizar esta primera distribución y, a través de una trascen- dental potestad propia -cual es la legislativa-, puede tam- bién definir y dar validez en los casos concretos al derecho

subjetivo, así como matizar en los límites constitucionales el alcance de las potestades atribuidas a los demás órganos depositarios de la soberanía e, incluso, proceder a otorgarles positivamente nuevas potestades, las cuales, y esto lo adelanto, pueden incrementar su distribución interna en cada organización de poder estatal compleja, si ésta tiene potestad reglamentaria, y siempre (la tenga o no) a través del mecanismo de la competencia.

8°. El derecho subjetivo es poder individual, que se diferencia de la potestad porque no reviste las características de legitimidad y globalidad propias del poder político y porque siempre y necesariamente se ampara en una norma jurídica, sea ésta de forma inmediata o mediata la Constitución (derechos fundamentales de la persona), sea la ley (restantes derechos subjetivos).

Incluso cabría abundar en mayores distinciones:

El derecho subjetivo puede estar "reglamentado" en su alcance por la autonomía de la voluntad (artículo 1.255 - del Código Civil), sin que esto pueda significar un valor normativo que es propio de la potestad. Además, en los órganos privados complejos (caso de personas jurídicas, como la sociedad anónima), la distribución de poder opera a través de apoderamientos, en el marco de la ley, cuya función es muy semejante a la de la competencia para los entes y órganos del Estado, señaladamente las Administraciones Públicas.

NOTAS AL CAPITULO 1

- (1) GONZALEZ POSADA, A.: "Tratado de Derecho Político", vol. I, Ed. V. Suárez, Madrid, 1915.
- (2) Por orden de antigüedad de las ediciones manejadas, éstas son:
 - ROMANO, S.: "Corso di Diritto Amministrativo", Vol.I, Ed. CEDAM, Padova, 1930.
 - ROMANO, S.: "Principii di Diritto Costituzionale Generale", 2a. edición. Ed. Giuffrè, Milano, 1947.
 - ROMANO, S.: "Fragmentos de un Diccionario Jurídico", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, - 1964.
- (3) JELLINEK, G.: "Teoría General del Estado", Ed. Albatros, Buenos Aires, 1978, pp. 327-367.
- (4) DUGUIT, L.: "Soberanía y Libertad", Ed. Francisco Beltrán, Madrid, 1974.
- (5) JOUVENEL, B. de: "El Poder", 2a. edición, Ed. Editora Nacional, Madrid, 1974.
- (6) HELLER, H.: "Teoría del Estado", Ed. FCE, México, 1942, pp. 246-267.
- (7) MAQUIAVELO, N.: "El Príncipe", Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1967.
- (8) Véanse, por ejemplo, las siguientes obras:
 - LASSWELL, H.: "Power and Society", New Haven, 1950.
 - MORGENTHAU, H.J.: "Politics among Nations", New York, 1959.
 - SCHWARTZENBERGER, G.: "La Política del Poder", Ed.FCE, México, 1960.
- (9) MAS SOLENCH, J.M.: "Enciclopedia Labor", Tomo IX, Ed. - Labor, Barcelona, 1960, p. 71.
- (10) CASTAN TOBENAS, J.: "Derecho Civil Español, Común y Foral", Tomo VI, Vol. II, Ed. Reus, Madrid, 1979, p. 13.
- (11) Una excelente descripción de la misma puede ser vista - en: GOUGH, J.W.: "The Social Contract", Ed. Oxford Clarendon Press, 1957.
- (12) En este punto, mantengo el mismo parecer que expresaba

CARL SCHMITT, cuando escribía: "Si MAQUIAVELO hubiese - sido maquiavélico, en vez de su inflamado libro del - Príncipe hubiera escrito un libro, compuesto de senten - cias conmovedoras sobre la bondad del hombre en general y la del Príncipe en particular". Vid.: SCHMITT, C.: "Estudios Políticos", Ed. Doncel, Madrid, 1975, pp.147 y 148.

- (13) VILLAR PALASI, J.L.: "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", Revista de Administra - ción Pública, núm. 3, Ed. IEP, Madrid, 1950, pp. 53-129.
- (14) Me refiero, fundamentalmente, a la denominada Ley Azcá rate, de 23 de julio de 1908.
- (15) IHERING, R. von: "El Espíritu del Derecho Romano". Bre viario, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1962, pp. 79 y ss. También el propio BODINO señala: "Antes de que - hubiera ciudad, ni ciudadanos, ni forma alguna de repú blica, todo jefe de familia era soberano en su casa y tenía poder de vida y muerte sobre la mujer y sobre -- los hijos", vid.: BODIN, J.: "Los seis libros de la Re - pública", Ed. Aguilar, Madrid, 1973, p. 34.
- (16) HOBBS, Th.: "El Leviathan" , Ed. Editora Nacional, Ma - drid, 1980.
- (17) ROUSSEAU admitió abiertamente lo hipotético del estado de naturaleza. Vid. ROUSSEAU, J.: "El Contrato Social", Ed. Aguilar, Madrid, 1970.
- (18) Yo entiendo que la ausencia de organización humana no es siquiera pensable, salvo que se quiera justificar - ideológicamente el individualismo; pero de todos modos cabe plantear la transición del estado de naturaleza a la sociedad política, como el paso de formas societa - rias rudimentarias a una organización más sólida y áca bada.
- (19) BODIN, J.: Op.cit., p. 65.
- (20) GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: - "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1980, pp. 370 y ss.
- (21) GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: - "Curso de Derecho Administrativo", Tomo II, Ed. Civi - tas, Madrid, 1977, pp. 28 y 29.
- (22) GUASP DELGADO, J.: "Derecho Procesal Civil", Tomo I, - Ed. IEP, Madrid, 1977.
- (23) GARRIDO FALLA, F.: "Tratado de Derecho Administrativo", vol.I, Ed. CEC, Madrid, 1980, pp. 418-422.

- (24) LOEWENSTEIN, K.: "Teoría de la Constitución", Ed. Ariel, Barcelona, 1970, pp. 218 y ss.
- (25) GIANNINI, M.S.: "Lezioni di Diritto Amministrativo", - Ed. Giuffrè, Milán, 1950.
- (26) VILLAR PALASI, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L.: "Principios de Derecho Administrativo", Tomo II, Ed. Edic. Facultad de Derecho de la U.Complutense, Madrid, 1982, pp. 7-22.
- (27) Por más que el profesor BAENA DEL ALCAZAR no rompa formalmente con el significado del dogma de la personalidad por y para el Derecho Administrativo, relativiza - claramente su valor:
- "La personificación jurídica pública no es, en nuestros días, una propiedad consustancial y primigenia de las entidades públicas, sino un instrumento en manos del Estado, una adjetivación aplicada a una organización administrativa, que puede darse o no, según determine la voluntad política de los responsables de la comunidad (...).
- Diffícilmente puede atribuirse al carácter público de la personalidad un papel tan decisivamente importante y solemne como viene pretendiendo una parte no despreciable de la mejor doctrina administrativa española".
- Es más, BAENA señala que en nuestro Derecho positivo - podemos encontrarnos incluso ante el caso de que una entidad pública dependa de otra entidad privada. Vid.: BAENA DEL ALCAZAR, M.: "La Estructura Administrativa del Estado Contemporáneo", Ed. C.E.U., Madrid, 1976, - pp. 18-19.
- (28) Vid. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A.: "Sistema de Derecho Civil", Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pp. 465 y ss.
- (29) Vid., entre otros: GARRIDO FALLA, F.: "Las Tres Crisis del Derecho Público Subjetivo", en la obra colectiva - "Estudios dedicados al profesor García Oviedo", Vol. I, Ed. Universidad de Sevilla, 1954, pp. 176-218; GARCIA DE ENTERRIA, E.: "Sobre los Derechos Públicos Subjetivos", en el número 6 de la revista REDA, Ed. Civitas, Madrid, 1975, pp. 427 y ss.
- (30) Una descripción biográfica y de sus principales ideas que puede considerarse suficiente, se encuentra en: - THEIMER, W.: "Historia de las Ideas Políticas", 2a. - edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 98 y ss.
- (31) SABINE, G.: "Historia de la Teoría Política", Ed. FCE, Madrid, 1974, p. 297.
- (32) BODIN, J.: Op.cit., p. 46. Me veo en la necesidad de -

apostillar que de haber traducido yo el libro, en lugar de emplear la expresión "República", hubiese utilizado el término "Estado"; puesto que BODINO se refería a la "res publica" y no a la "república", en el sentido actual de la expresión.

Es asimismo mi deber recoger la advertencia de SABINE, quien hace notar que en la edición latina del libro, - el texto no era idéntico, puesto que en ella la soberanía se definía como "summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas".

- (33) Estoy plenamente de acuerdo con TOUCHARD, cuando éste - señala que BODINO despersonaliza la Soberanía: "Al insistir sobre la perpetuidad de la Soberanía, Bodin la sitúa por encima del Soberano". Vid.: TOUCHARD, J.: -- "Historia de las Ideas Políticas", Ed. Tecnos, Madrid, 1975, p. 228.
- (34) BODIN, J.: Op. cit., p. 210.
- (35) BODIN, J.: Op. cit., p. 98.
- (36) Empleo, en este punto, la terminología de los modernos tratadistas de Derecho Constitucional. Vid. FRIEDERICH, C.J.: "Gobierno Constitucional y Democracia", Vol. II, Ed. IEP, Madrid, 1975, pp. 585 y ss.
- (37) BODIN, J.: Op. cit., p. 46.
- (38) BODIN, J.: Op. cit., p. XL.
- (39) SCHMITT, C.: "Teoría de la Constitución", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, pp. 86 y ss.
- (40) En este sentido, existe un párrafo de DONOSO CORTES, que plasma la idea apuntada de una forma tan literaria como gráfica: "El Poder Constituyente no puede legalizarse por el legislador ni formularse por un filósofo, porque no cabe en los libros y rompe el cuadro de las Constituciones, y si aparece alguna vez, aparece como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue". Citado por: - GALINDO HERRERO, S.: "Donoso Cortés y su Teoría Política", Ed. Diputación Provincial de Badajoz, 1957.
- (41) BODIN, J.: Op. cit., pp. 26 y 65.
- (42) BODIN, J.: Op. cit., p. 14.
- (43) BODIN, J.: Op. cit., p. 58.
- (44) BODIN, J.: Op. cit., p. 235.

- (45) BODIN, J.: Op. cit., p. 50.
- (46) BODIN, J.: Op. cit., p. 51.
- (47) BODIN, J.: Op. cit., pp. 52 y 53.
- (48) BODIN, J.: Op. cit., p. 59.
- (49) BODIN, J.: Op. cit., p. 60.
- (50) BODIN, J.: Op. cit., p. 55.
- (51) Según JELLINEK: "Es, pues, esencial al Estado el poseer un orden jurídico, con lo cual se niega, por tanto, la doctrina del poder absoluto e ilimitado del Estado". Vid. JELLINEK, G.: "Teoría General del Estado", Ed. Albatros, Buenos Aires, 1978, p. 358.
- (52) BODIN, J.: Op. cit., p. 66.
- (53) BODIN, J.: Op. cit., p. 61.
- (54) BODIN, J.: Op. cit., p. 57.
- (55) BODIN, J.: Op. cit., p. 68.
- (56) MONTESQUIEU, Ch. Barón de: "Del Espíritu de las Leyes", Ed. Tecnos, Madrid, 1972.
- (57) LOCKE, J.: "Ensayo sobre el Gobierno Civil", Ed. Aguilar, Madrid, 1976.
- (58) GARCIA DE ENTERRIA, E.: "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Madrid, 1981.

CAPITULO II

LA CONSTITUCION DE 1978 Y LAS POTESTADES ESTATALES

1. EL ALCANCE DE LA SOBERANIA EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA -
DE 1978

No pretendo, bajo este epígrafe, comentar el artículo 1.2 de nuestro texto fundamental, pese a que en el mismo se contenga un enunciado tan sugerente como "La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado". Para tal labor existe ya en España una abundante y depurada bibliografía jurídica. Sólo es mi deseo ofrecer una breve pincelada sobre su contenido.

Para mí es evidente que dicho texto no se refiere a la soberanía normal del Estado, que es el correlato lógico de su Constitución misma, sino a la soberanía potencial, al poder constituyente que es su origen y fuente de legitimidad y, por lo tanto, al pueblo, entendido como lo hacía BURKE (1) y equivalente del todo al concepto de nación esgrimido por SIEYES (2).

En el fondo, el artículo 1.2 de nuestra ley soberana constituye un innecesario, por más que frecuente en Derecho comparado, reflejo en la decisión constitucional de la esencia del poder constituyente. He dicho "innecesario" porque el poder constituyente no precisa ser nombrado en la Constitución, que es un producto del mismo; además, esa constancia escrita tampoco ayuda a su mantenimiento como tal. En cierto modo, se trata de una mera mención de origen legítimo.

El artículo 1.2 de la Constitución no define, pues,

el alcance de la soberanía normal del Estado, plasmada jurídicamente en nuestra Constitución de 1978. Ese alcance, en términos de poder, encierra una autolimitación del mismo que se expresa en los derechos fundamentales de la persona, y también en unos mecanismos de distribución de potestades que sólo muy parcialmente se corresponden con la teoría clásica de la división de poderes.

Son estas dos cuestiones las que van a ser trata -
das en los dos apartados que siguen a éste dentro del presen
te capítulo.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO AUTOLIMITACION DE LA SOBERANÍA NORMAL

Conforme acaba de ser expuesto, la medida en la que la Constitución reconoce y garantiza directamente los derechos fundamentales de la persona humana, constituye el grado de abdicación de poder (el cual, conforme veremos, es un tanto elástico) que separa a la soberanía normal de la potencial.

La primera garantía para tales derechos es institucional y deriva del hecho mismo de su listado y constancia en la Constitución, hasta el punto de que la reforma de ésta que, como decía CARL SCHMITT (3), no es un acto de poder constituyente, se torna más complicada cuando a de afectar a aquellos derechos cuya importancia se considera más trascendental, más de "orden público" si se quiere, en el sentido que tal expresión reviste para el Derecho Internacional Privado.

Otra importante garantía que en este capítulo me limito a apuntar -puesto que su desarrollo lógico deberá hacerse en el siguiente, titulado "La vinculación internacional de potestades estatales"- comporta nada menos que en materia de derechos fundamentales, el Derecho Internacional se incorpora a la Constitución. Por el momento, me limitaré a recomendar la lectura del artículo 10.2 de la Carta Magna de España.

Existen otros importantes mecanismos protectores - de tal conjunto de derechos, como las intensas restricciones que operan sobre la policía del orden público que les afecta, así como la singular protección que les dispensa el artículo 53 de la Constitución y la garantía de que su contenido normal solamente podrá ser limitado por razones de defensa de - la susodicha Constitución.

Procederé, acto seguido, a efectuar una consideración particularizada, con la reserva que se acaba de apuntar, de tales garantías.

2.1. Restricciones a la policía de orden público - en materia de derechos y libertades fundamentales

La inmediatividad y eficacia de la acción del Estado tendente a la protección del interés general, exige que - la tutela de los derechos y libertades se lleve a efecto no sólo con medidas de tipo judicial, sino también y a menudo - de forma complementaria, con medidas de policía administrativa del orden público.

Los autores que configuran el que SANCHEZ MORON ha denominado "sector más progresista de la doctrina iusadministrativista" (4), han sido tradicionalmente reticentes frente a este tipo de potestades que en Estados no democráticos suelen estar más destinadas a cercenar la libertad ciudadana que a protegerla. MIGUEL S. MORON cita, por ejemplo, lo gro-

tesco que resulta "imponer sanciones administrativas que, di
recta o subsidiariamente, impliquen privación de libertad",
lo que originó, entre otras causas que, con anterioridad a -
la Constitución de 1978, el Real Decreto-Ley 6/1977, de 25 -
de enero, operase una reforma parcial de la Ley de Orden Pú-
blico de 30 de julio de 1959. De todas formas, salvados su -
puestos extremos como el enunciado, no hay por qué hacer con
notación negativa y falsamente "progresista" de la policía -
del orden público; dado que, al encargarse ésta de poner co-
to a través de un nivel de coacción mensurado, el ejercicio
por lo menos de actos antijurídicos (los cuales no son en -
ningún caso esferas de libertad), protege los derechos de -
los más; es decir, los derechos de los ciudadanos respetuo -
sos para con la legalidad vigente, que no quieren ver afecta
dos sus ámbitos de libertad por las conductas que se sitúan
al margen de la ley.

A pesar de todo, el equilibrio es delicado, puesto
que un excesivo fortalecimiento de la coacción administrati-
va, sin suficientes garantías, podría llegar a dar al traste
con la libertad de los más.

La Constitución de 1978, al objeto de evitar el -
abuso de poder, limita en algunos supuestos la intervención
administrativa en las esferas, por ella misma reconocidas, -
de libertad personal, erigiendo de este modo auténticas e in
franqueables barreras frente a las potestades que la Adminis-
tración actuaría en la materia, al ejercitar sus potestades
de policía.

Si se repasa el articulado de la Constitución, queda patente lo que se acaba de exponer:

1. Artículo 17: En él se desapodera a la Administración para detener de forma preventiva a una persona, por un plazo mayor que el estrictamente indispensable para la investigación de los hechos. En todo caso, existe un término de 72 horas, una vez transcurrido el cual, el detenido ha de ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

Nótese que el plazo de 72 horas es un máximo al que no se debe llegar si antes han podido ser llevadas a término las averiguaciones oportunas.

Es de considerar que los límites contenidos en este artículo afectan no ya sólo a la policía administrativa del orden público, sino también a las potestades propias del poder judicial, cuando se establece la necesidad de informar al detenido, de no obligarle a declarar y de garantizarle asistencia letrada.

Las cuestiones relacionadas con el "habeas corpus" o con el plazo máximo de prisión provisional, no son relevantes al objeto de este estudio, al quedar sujetas a los cambiantes términos de la ley y no ya a los constitucionales, que se limitan a expresar la oportuna garantía.

2. Artículo 20.2 y 5: En materia de libertad de expresión, no cabe la censura previa, y en este sentido, el desapoderamiento de potestad alcanza tanto a la Administración

como a los órganos jurisdiccionales. En cambio, cuando se trata de acordar el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información, si bien se niega potestad a la Administración, por el contrario se le atribuyen éstas positivamente al poder judicial.

El hecho de que la Administración carezca de cualquier tipo de potestad de policía en lo tocante a libertad de expresión, se debe a razones políticas obvias; pero también se justifica técnicamente por la sencilla razón de que en este tipo de libertades es poco útil la inmediatez en la acción de los poderes públicos. De hecho, aunque no imposible, sí es difícil y poco frecuente que con la palabra, el escrito u otros medios de comunicación, se puedan producir daños graves y difícilmente reparables.

3. Artículo 22.3 y 4: La Constitución mantiene la necesidad de que exista un Registro de asociaciones; pero al señalar que sus efectos no alcanzan más allá de los de mera publicidad, pone fin a antiguas potestades administrativas derivadas de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 y del Decreto 1.440/1965, de 20 de mayo, que permitían a la autoridad gubernativa denegar la inscripción de algunas de ellas. El propio Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión a solicitud en Amparo del Partido Comunista de España, Marxista-Leninista, en su sentencia de 2 de febrero de 1981.

Precisamente de este ejemplo puede ser extraída la lógica existencial del precepto de la Constitución apuntado,

en cuanto que un Registro cuyas inscripciones tuviesen carácter constitutivo y no fuesen de obligada práctica, podría tener consecuencias disfuncionales para con el sistema político, al poder afectar muy de cerca a las asociaciones previstas en el artículo 6 de la propia Carta Magna (léase partidos políticos), que son uno de los grandes pilares estructurales del actual modelo de Estado. Por esta causa, el Poder Judicial, dada su misión de objetividad jurídica y sus garantías de independencia, es el único al que la Constitución da potestad para suspender o disolver una asociación; hasta el punto de que ni siquiera el Poder Legislativo podría efectuar por sí mismo tales operaciones mediante ley, porque al no otorgarle la Constitución potestad alguna para ello, tal hipotética ley incurriría en inconstitucionalidad.

4. Artículo 25.3: Es este precepto el que eleva a rango constitucional lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 6/1977, de 25 de enero, que modificaba la Ley de Orden Público, de tal forma que ley alguna puede permitir a la Administración civil imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

Esta norma de máximo rango, contiene por ello una fortísima garantía de que hoy son irrepetibles situaciones insólitas que, a buen seguro, ni siquiera en su tiempo y con texto eran acordes con la lógica más elemental del ordenamiento jurídico de un país civilizado. No se trataba ya sólo de que la autoridad gubernativa, en aplicación de la L.O.P., pudiese llegar a privar al ciudadano de libertad. Se iba más

allá, hasta el punto de pretender establecer penas de este tipo con normas de rango inferior a la ley. En concreto, la Orden de la Presidencia del Gobierno de 23 de octubre de -- 1962, sobre emisiones radioeléctricas, contenía un artículo (el 93.a.2), que llegaba a considerar la posibilidad de que se impusieran penas privativas de libertad de hasta 1 año de duración (5).

La Constitución ha operado, pues, un cambio notable en la situación, que no llega a sobresaliente, porque la potestad de imponer penas privativas de libertad, en su ámbito doméstico, pervive hoy para la Administración militar.

Sin entrar en el estudio de si ello se debe o no a la existencia de una auténtica Institución militar (6), que de darse, abarcaría en este mundo a una parte de la Administración del Estado, juntamente con unos Tribunales especiales y un peculiar Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945 (7), que integra normas sustantivas y procesales, - diré que el hecho mencionado es comprensible incluso a partir de la dimensión puramente administrativa de la organización de las FAS, cuya imprescindible cohesión para el cumplimiento de la alta misión que les encomienda el artículo 8 de nuestra ley soberana, hace esencial el mantenimiento de la disciplina. Otra cosa es la conveniencia de la puesta al día en este punto del Código de Justicia Militar (actualmente en trámite parlamentario), puesto que en tiempo de paz y en el marco de un Estado de Derecho, el acento que ha de ponerse - ineludiblemente en la disciplina, no debe permitir jamás que

puedan tener cobertura legal los posibles -y en todos los ámbitos, injustificables- abusos de autoridad que puedan producirse. Esta necesidad queda más patente todavía si se tiene en cuenta que la proverbial timidez del legislador en abordar todo lo que tiene que ver con las fuerzas armadas, dio lugar a que la ley orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, precisase en los artículos comprendidos entre el 12 y el 14 que de la competencia de este órgano constitucional mediato (8) se excluye la posibilidad de interferir en el mando de la Defensa Nacional. Con ello, la legislación, a veces en pugna con la Constitución (así parece haberlo entendido también el actual defensor del pueblo, quien ha tenido varias actuaciones tendentes a supervisar, - en cuestiones puramente humanitarias, la actividad de la Administración militar), hace del círculo propio de las FAS un ámbito en el que los derechos fundamentales de la persona, - si bien tienen la misma validez que en cualquier otra esfera del Estado, en cambio no disponen de mecanismos de garantía a idéntico nivel.

2.2. La intensa protección que otorga el artículo 53 de la Constitución a los derechos humanos

La primera garantía a destacar se encuentra en el artículo 53.1, al afirmar que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I (artículos 14 a 38) - de la norma fundamental alumbrada en 1978, sólo pueden ser -

regulados por ley. Es decir, que la Constitución dota de potestad exclusiva a las Cortes Generales para proceder a la normación de tales derechos fundamentales. Conforme han precisado con entera corrección VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA (9), en la ley ha de agotarse la regulación de tales materias, sin que en ningún caso pueda la Administración hacer uso de la potestad reglamentaria que le confiere de modo general el artículo 97 de la propia Constitución, porque se trata de materias no sólo reservadas a la ley, sino algo más: están exclusivamente reservadas a ella. Hay un supuesto práctico que parece contradecir este imperativo constitucional. Así, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa 7/1980, de 5 de julio, prevé en su artículo 8 la existencia de una Comisión Asesora de Libertad Religiosa, a regular reglamentariamente, conforme se procedió con posterioridad a través del Real Decreto 1.896/1981, de 19 de junio. A pesar de que la libertad religiosa está garantizada por el artículo 16 de la ley de leyes y, consecuentemente, se enmarca de pleno derecho en el marco de lo dispuesto en el 53.1, lo cierto es que en el supuesto considerado se cumple el llano proverbio según el cual "las apariencias engañan". La realidad es que el reglamento organizativo y funcional de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa no afecta a dicha libertad en sí misma considerada y, por consiguiente, es un ámbito exento de la reserva legal exclusiva.

La explicación más coherente de lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución estriba en que si en España

ha de existir una sociedad civil diferenciada del Estado, de be impedirse que se estatalice ésta (al estilo de lo que ha sucedido en los países cuyo régimen político se fundamenta - en la ideología marxista-leninista) a través del simple mecanismo de la inexistencia de límites al intervencionismo administrativo. De hecho, si los derechos del hombre reciben adecuada protección en la Sección primera del Capítulo II de la ley soberana; los derechos del ciudadano (y, por tanto, del hombre inserto en la sociedad civil), reciben su garantía en la Sección segunda del mismo Capítulo, en el que se regula - el matrimonio, como pieza clave del Derecho de Familia e institución societaria fundamental, la propiedad privada, la herencia, las grandes líneas del Derecho del Trabajo (incluida la negociación colectiva) y, sobre todo, la libertad de empresa, por más que esta última aparezca como limitada por otros preceptos del máximo nivel.

Esta cuestión no deja de plantear problemas jurídicos que pueden ser graves. De hecho, existen reglamentos -como el ya apuntado, de 19 de junio de 1981- que rozan la reserva exclusiva de ley prevista en el tantas veces citado artículo 53.1. Otro posible supuesto conflictivo, o cuando menos generador de dudas, estaría en el Reglamento de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957. La primera impresión podría conducir a considerarlo derogado por la disposición a - tales efectos de la Constitución, en su número 3. Podría pensarse que dicho reglamento está afectado de "inconstitucionalidad sobrevenida" (sí se emplea la no demasiado afortunada

expresión (10), que acuñó el Tribunal Constitucional en su -
sentencia de 2 de febrero de 1981 , y que luego ha apare-
cido en otras varias. A pesar de todo, y según ha precisado
también el Alto Tribunal de Garantías Constitucionales en la
sentencia de 111/1983, de 2-XII, en la expropiación forzo-
sa no se regula, en lo esencial, el derecho de propiedad --
(11). Por lo tanto, ya está trazado el camino de vuelta a lo
que se indicó en un principio: hay que distinguir los regla-
mentos que afecten de forma directa a alguno de los derechos
y libertades descritos y que, por lo tanto, no pueden tener
cabida en nuestro ordenamiento jurídico, de aquellos otros -
que, si bien tienen relación con tales derechos y libertades,
no tienden, sin embargo, a regularlos en lo sustancial. El -
tema, claro en lo teórico, plantea no obstante múltiples pro-
blemas prácticos de delimitación.

Esta cuestión de la interdicción de la potestad re-
glamentaria se complementa con la relativa a la exclusión -
del ámbito de los Reales Decretos-Leyes de todo derecho, de-
ber o libertad regulado en el Título I (artículo 86). Asimis-
mo, la regulación de los derechos fundamentales y libertades
públicas (comprendidos los así denominados, en la Sección 1ª
del citado Capítulo II del Título I), está reservada a la -
ley orgánica (artículo 81) y excluida del ámbito material de
los decretos legislativos (artículo 82). Por supuesto, todos
los preceptos referidos son de la Constitución Española de -
1978.

El significado de estas garantías adicionales pare

ce claro: los Reales Decretos-Leyes son normas de la cabeza del Ejecutivo a las que se les otorga el rango de ley, en atención a una serie de circunstancias concurrentes y a unos requisitos que deben cumplir, de los cuales interesa considerar el necesario control de convalidación a posteriori por el Congreso de los Diputados; seguramente a causa de tan flojo control por el poder legislativo, su ámbito de inoperancia se extiende al total de derechos y libertades del Título I. Los Reales Decretos-Legislativos, en cambio, están mediatizados por un control a priori de las Cortes Generales, por vía de la indispensable ley de delegación, sin que ello excluya posibles supervisiones parlamentarias "ex post facto", que operarían a partir del mecanismo previsto en el artículo 82.6, al hacer éste posible que cada ley delegante prevea formas de control extrajudicial de la delegación (12). Luego, las mayores posibilidades de fiscalización sobre los Decretos legislativos, por referencia a los Decretos-Leyes, debe comportar en buena lógica, como así sucede, que haya un menor número de materias excluidas de sus posibilidades de regulación. En lo tocante a los derechos y libertades cuya regulación requiere la expresión orgánica de la potestad legislativa del Parlamento, ello se traduce en términos políticos y según criterio del profesor FERNANDEZ RODRIGUEZ (13) que comparto, en una excepcionalidad con respecto al procedimiento legislativo ordinario, que viene dada por la exigencia de mayoría absoluta en la Cámara Baja, lo cual tiende de forma indubitada a evitar que mayorías parlamentarias poco sólidas

puedan alterar cuestiones (en este caso garantías), que la - Constitución considera fundamentales.

Entiendo que el hecho de no extenderse la reserva de ley orgánica a la integridad del Capítulo II del primer - Título constitucionales, sino únicamente a su Sección 1^a, de riva de un planteamiento político acorde con el modelo de Estado Social de Derecho (14) que nuestra ley de soberanía implantó, incluso de forma explícita, en el primero de sus artículos. En dicho modelo de Estado se conserva la inquietud liberal, de hondas raíces cristianas (15), por los derechos fundamentales de la persona humana, incluso aumentada con la dimensión social que se les da, la cual aflora, por obra del profesor y diputado PECES-BARBA (16), en el artículo 9.2 de la tantas veces mencionada Constitución de 1978. Por el contrario, en el marco del "Welfare State" se produce una clara decadencia de la sociedad civil que tiene como contrapartida un incremento del poder estatal (17). La conclusión lógica - conduce a un mantenimiento y posible incremento de la importancia de los derechos del hombre (Sección 1^a), que son aquellos cuya regulación ha de venir dada por ley orgánica. Al - contrario sucede con los derechos del ciudadano, en muy estricta conexión con la sociedad civil, que quedarían más sujetos a las fluctuaciones de la voluntad política, expresada como potestad legislativa ordinaria.

El artículo 53.2 viene a reforzar la salvaguardia de los sólidamente garantizados derechos fundamentales de la

Sección 1ª (a los que se añade la objeción de conciencia reconocida por el artículo 30). Cuando la protección que otorga el artículo 161.1 a) de la Constitución al Capítulo II de su Título I viene referida expresamente por el artículo 53.1 al recurso de inconstitucionalidad, cuya regulación acabada se contiene en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional - 2/1979, de 3 de octubre; en cambio, para el subsector de derechos apuntado (Sección 1ª y parte del artículo 30), se añade la posibilidad del recurso de amparo ante el mismo Alto Organismo Cuasijudicial del Estado. Según consta a su vez en el referido artículo 53.2, ha de existir, asimismo, con carácter previo al amparo *"un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad"*, que se contiene en una ley, constitucional en su espíritu, por más que cronológicamente anterior -por un solo día- a nuestra Carta Magna. Me refiero a la de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona Humana 62/1978, de 26 de diciembre.

No es mi intención entrar en el estudio de estos mecanismos procedimentales tendentes a dispensar adecuada protección a los derechos fundamentales, puesto que recargaría en vano de contenido a una tesis doctoral que es, por principio, de planteamiento y únicamente de desarrollo en la medida de lo indispensable. Por lo demás, existe una excelente bibliografía (18) sobre tales cuestiones, así como referente al Defensor del Pueblo, el cual (no lo olvidemos) tiene por misión defender los derechos comprendidos en el Título

lo I, según dispone el artículo 54 de la Constitución.

Una sola apostilla: también los mecanismos procesales dan idea de las extremas garantías que envuelven la materia en cuestión. De hecho, la preferencia y sumariedad de los procedimientos previstos en la ley 62/1978, de 26 de diciembre, aseguran la inmediatividad de una protección neutral, como la judicial, de los derechos fundamentales. El recurso de amparo, a su vez, hace posible que una causa de este tipo pueda llegar a ser enjuiciada al máximo nivel estatal por un Alto Organismo Constitucional del Estado, codepositario de la soberanía, carácter que no tiene el Tribunal Supremo y sí el Tribunal Constitucional. En el siguiente capítulo se verá cómo los mecanismos tuitivos de los derechos ahora considerados rebasan el ámbito estatal español para situarse en la órbita del Consejo de Europa.

Con eso creo estar en condiciones de abordar el estudio del apartado 3º y último del artículo 53, el cual se ocupa de describir los mecanismos tutores de los derechos consagrados en el Capítulo III del primero de los Títulos constitucionales, bajo el epígrafe *"De los principios rectores de la política social y económica"*.

El grado de protección de los derechos que afloran en tales principios es más que dudoso. En principio, aparece una sombra de pesimismo cuando se lee *"sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen"*. Con ello, es casi ine-

ludible la impresión de que se repite el tradicional planteamiento, tan razonablemente criticado por GARCIA DE ENTERRIA y TOMAS-RAMON FERNANDEZ (19), según el cual el derecho de -- los administrados a obtener prestaciones de los servicios públicos, pese a estar pomposamente declarado en muchas constituciones, no suele ser exigible. De todas formas, una lectura sosegada del precepto, que se acompañe luego de una meditación profunda, puede conducir a una interpretación progresiva de la Constitución; actitud que, a diferencia de lo que sucedía con las anteriores Leyes Fundamentales del Reino, parece haber perdido vigor entre nuestra doctrina. Ciertamente es -- que con la democracia asentada y a raíz de la existencia actual de un Estado de Derecho que va más allá de lo formal para entrar en lo sustancial, es incluso razonable que los estudiosos de las Ciencias Jurídicas hayamos relajado aquel espíritu que consistía en ver el Derecho Administrativo más -- desde la óptica del ciudadano que desde la de la Administración; pero no es menos razonable ni cierto que la caída de -- la actitud defensora de un Derecho Administrativo para el administrado refuerza la existencia de un Derecho "de y para" la Administración que, como poder, a pesar de su legitimidad democrática, está sujeto a las leyes de su propia dinámica -- de fortalecimiento, el cual siempre se produce a costa de un alguien, que no puede ser otro sino el ciudadano de a pie.

Pues bien, el artículo 53.3. es susceptible de una interpretación progresiva, que no ha de quedarse en una actitud testimonial de buenas intenciones, sino que es la que me

por cuadra, incluso desde el formalismo jurídico, con el espíritu del alto precepto acabado de citar.

Cierto es que los derechos del Capítulo III han de ser alegados ante la jurisdicción de acuerdo con las leyes - que los desarrollen, pero no lo es menos que esto es así sólo en tanto en cuanto tales leyes no contravengan la Constitución. Negar esta primera premisa equivaldría a dar por sentado que la Constitución permite leyes inconstitucionales; - lo cual, si "ponemos sobre sus pies" (al estilo de lo que - MARX decía hacer con la dialéctica de HEGEL en el postfacio de la 2ª edición de "El Capital") los dogmas del pensamiento racionalista, sería una "incorrección evidente por sí misma".

Puede serme todavía objetado que sigue en pie la - no exigibilidad del servicio público cuando no haya norma -- que lo organice y provea recursos para la financiación de su funcionamiento.

En contra de esa opinión, añado que el artículo - 53.3 precisa que el reconocimiento, respeto y protección de tales principios, "*informarán la legislación positiva, la - práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*"; - en cuyo caso es evidente que dichos poderes están obligados a darles contenido y eficacia, porque sus potestades respectivas están vinculadas por un imperativo constitucional que erige en absolutamente prioritaria su satisfacción. Consi -- guientemente, el ciudadano no tiene una mera e irrelevante - expectativa, sino un derecho subjetivo a exigir, por ejemplo,

un régimen de seguridad social para todos (artículo 41) o a la salud (artículo 43), que acaso sean los servicios públicos cuya prestación actual es menor acorde con la orientación constitucional. A seis años vista de la Constitución, resulta socialmente inaudito comprobar que cuando sigue sin haber un régimen de asistencia sanitaria y hospitalaria que se preste indiscriminada y gratuitamente a todo español, se están incrementando sobremanera partidas presupuestarias de cuya importancia económica o incluso social no dudo, pero que no tienen "urgencia constitucional". Por ejemplo, es lógico que se conserve la red estatal de carreteras existente, pero no que se presupueste su ampliación a costa de postergar sine die temas constitucionalmente ineludibles. En eso no puede haber otra opción política posible, más que la marcada por la ley soberana (20).

Por último, sobre la articulación práctica de la exigibilidad descrita, resta decir que pivota sobre dos ejes. Uno de ellos hace referencia a la prueba de que se está anteponiendo la cobertura de necesidades no previstas directamente en la Constitución a aquellas otras contempladas por la ley soberana y que serían de posible satisfacción con los recursos destinados a fines no tan relevantes en Derecho. El otro viene a cuento del mecanismo jurídico a emplar, el cual, en base al principio de responsabilidad de los poderes públicos (artículo 9.3), permite interpretar con amplio espíritu los artículos 40ss. de la Ley de Régimen Jurídico de la

Administración del Estado, que operan como desarrollo pre -- constitucional del artículo 106.2 de la ley de leyes. Así, - en el ejemplo expuesto, aún cuando del funcionamiento con a-normalidad constitucional del servicio público Seguridad So-cial no fuese culpable la Administración sino el Parlamento, por no subvenir con los Presupuestos Generales del Estado a sus necesidades reales, la falta de recepción en la normati-va ordinaria de la responsabilidad del Estado-legislador(21) hace que deba ser articulada a través de los mecanismos por los que se puede hacer efectiva la responsabilidad adminis - trativa ("interna corporis" y contencioso-administrativos); no en vano, el Estado como un todo que sólo es sujeto a ni - vel de Derecho Internacional, se hace tangible a los efectos del Derecho interno a través de la personalidad jurídica que atribuye el artículo 1 de la Ley de Régimen Jurídico a la - principal de sus Administraciones Públicas.

Para finalizar el presente epígrafe añadiré que - los derechos explicitados en el Capítulo III, algunas veces son indisociables de otros que figuran en la Sección 1ª del Capítulo II. En dichos supuestos, los mecanismos de protec - ción se ven ampliados con el amparo constitucional. De este modo, en el ejemplo considerado, no faltaría la mencionada - posibilidad, al comprometerse gravemente la efectividad del artículo 15, que predica el derecho de todos a la vida y a - la integridad física y moral.

2.3. Solamente la defensa de la Constitución justifica limitaciones parciales en la materia

Este tema, sobre el que existe un magnífico y completo estudio de CARL SCHMITT (22), se construye sobre la existencia de situaciones de grave anomalía que puedan hacer peligrar la estabilidad de las altas instituciones del Estado o a la Constitución misma. La necesaria defensa de la organización política comporta la adopción de medidas que, en algunos casos, pueden dar lugar a la suspensión temporal (total o parcial) de los derechos y libertades públicos. Es así que las esferas de autonomía de los individuos y los grupos, constitucionalmente reconocidas, pueden sufrir algunos recortes previstos en el Texto Fundamental cuando está en juego, a causa de una grave anomalía política, la supervivencia misma del orden constituido; de tal modo que el Estado, ordinariamente dueño de escasas potestades para limitar la libertad general de los ciudadanos, violar su domicilio o el secreto de las comunicaciones, para imponer residencia forzosa, limitar la libertad de expresión y de reunión o derechos como el establecimiento de medidas de conflicto colectivo o el recurso a la huelga ..., aparece plenamente revestido de las potestades que se acaban de reseñar cuando se declaran los estados de excepción o de sitio, en concordancia con los términos del artículo 55.1 de la Constitución Española y el 116, ambos desarrollados por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

Con esta normación se trata de retener y aislar a

elementos potencialmente peligrosos, evitar la difusión de ideas frontalmente encontradas con el "stablishment" en vigor y prohibir la agitación social, que son los puntos por los cuales pueden ser atacadas con mayor facilidad las instituciones en un Estado democrático. Este, en su vida normal, puede permitirse soportar ataques aislados de este tipo, que son el escaso precio a pagar por el inmenso bien de la libertad; pero en una situación de emergencia hay que ponerles coto, por encerrar un grave e inminente peligro para aquélla y para el propio Estado.

En el fondo, la declaración de los estados de ex-cepción y de sitio, justifica que la por mí denominada soberanía normal del Estado, se acerque a la absoluta y siempre latente soberanía potencial. Precisamente para evitar que reluzca esta última en todo su sublime y, a menudo trágico, esplendor de poder constituyente.

No se debe olvidar que el reforzamiento de la soberanía normal del Estado español cuando se producen situaciones excepcionales, no se agota en los artículos 55.1 y 116 de la cúpula de nuestra pirámide normativa; puesto que su artículo 15 también está directamente relacionado con la cues --tión. La abolición constitucional de la pena de muerte en él prevista tiene un resquicio de salvedad: *"lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra"*. - Ello significa que si bien lo ordinario es la renuncia del Estado a la potestad de matar, no es menos real que en tiempo de guerra, cuya sola existencia no tiene por qué provocar

la emergencia de un poder constituyente, el Estado puede retomar la potestad de disponer de la vida del delincuente en aquellos supuestos típicos que revistan especial gravedad, - sin que necesariamente se le imponga a la jurisdicción especial de las FAS el acotamiento de actuar en su ámbito ordinario, que es el "establecimiento de sitio", según el artículo 117.5 C.E.; puesto que del espíritu del precepto parece poder deducirse una mayor amplitud extensiva para los estados de sitio.

Por otra parte, y de forma muy lógica, el artículo 116 de la Constitución y la citada Ley Orgánica de Estados de Alarma, Excepción y Sitio 4/1981, de 1 de junio, vinculan esas potestades excepcionales (ejercidas en beneficio de la ley de leyes y del modelo de convivencia que ésta encarna, - pero en detrimento de las esferas ordinarias de libertad de los individuos y los grupos sociales), a unos requisitos a su vez muy restrictivos: el estado de excepción tendría que ser declarado mediante un decreto que no está en la potestad exclusiva del Gobierno de la Nación, sino compartida entre este Organo Constitucional del Estado y el Congreso de los Diputados, que habría de otorgarle su autorización previa para tal fin. Se trata, pues, de un decreto de naturaleza singular, que no es estrictamente administrativo, por cuanto - (temporalmente y en un ámbito territorial delimitado, si se quiere) prevalece sobre las leyes que regulan con carácter ordinario los derechos y libertades fundamentales, destinados en esta situación a quedar suspendidos. En realidad, se

trata de una más, entre las múltiples normas "sui generis" - que, en nuestro ordenamiento constitucional, dan origen a la situación que el profesor VILLAR PALASI y yo mismo, hemos de nominado como de "dispersión del concepto de ley" (23). El - peculiar modo de emanación de este decreto no es extraño, si tenemos en cuenta que la situación de fondo suele provocar - una urgencia, contrapesada por el temor a la tiranía que produce la singular fortaleza del instrumento. La urgencia por sí sola podría resolverse con el exclusivo mecanismo de haber dejado un ámbito de operatividad menos restrictivo para los Decretos-Leyes en el artículo 86, pero entonces se correría el peligro de que el control parlamentario llegase demasiado tarde o nunca, para un Gobierno que quisiera abolir la Constitución so pretexto de defenderla. Es de sobra conocido que el perecimiento de la Constitución alemana de Weimar de 1919 a manos del poder, con inicial legitimidad democrática de ADOLF HITLER, quien no se molestó siquiera en derogarla - formalmente, ha puesto en guardia a los legisladores constitucionales posteriores, que se suelen mostrar muy cautelosos cuando se trata de diseñar algunos resortes de una Constitución democrática con los que se corre el riesgo de abrir inocentemente amplias vías a la tiranía. En nuestro sistema jurídico-político, la autorización previa del Congreso de los Diputados es síntoma de esta prudencia, al invertir al decreto aquí considerado de la dignidad de la ley, pero se queda en autorización para no dar lugar a un poco ágil procedimiento parlamentario, que podría perjudicar la urgencia de la -

- (7) VILLAR PALASI, J.L.: "Apuntes de Derecho Administrativo" Parte General, Tomo I, Ed. UNED, Madrid, 1974, pp. 410-411.
- (8) RODRIGUEZ BERRIO, A.: "El presupuesto del Estado. Introducción al Derecho Presupuestario", Ed. Tecnos, Madrid, 1970.
- (9) GARCIA ANOVEROS, J.: "Derecho Presupuestario", Sevilla, 1965.
- (10) FERRERIRO LAPATZA, J.J.: "Curso de Derecho Financiero Español", Ed. Pons, Madrid, 1981.
- (11) CASTRO BRAVO, F. de: "Derecho Civil de España", Tomo I, Ed. I.E.P., Madrid, 1949, p. 356.
- (12) "Puesto que el príncipe soberano está exento de las leyes de suspredecesores, mucho menos estará obligado a sus propias leyes y ordenanzas. Cabe aceptar ley de otro, pero, por naturaleza, es imposible darse ley a sí mismo, o imponerse algo que depende de la propia voluntad". Op. cit., p. 52. VID. BODIN, J.: "Los seis libros de la República", Ed. Aguilar, Madrid, 1973, p. 52.
- (13) El ginebrino aclaraba lo siguiente, con referencia a la generalidad de las leyes: "Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en cuerpo y las acciones como abstractas, jamás a un hombre como individuo y una acción particular. (...) Toda función que se refiere a un objeto individual no corresponde al poder legislativo". Vid. ROUSSEAU, J.J.: "El Contrato Social", Ed. Aguilar, Madrid, 1969.
- (14) LEGAZ LACAMBRA, L.: "Filosofía del Derecho", Ed. Bosch, Barcelona, 1975, pp. 406 y ss.

el estado de sitio, que requiere de "la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno". Indudablemente, volvemos a encontrarnos ante un nuevo tipo de ley, lo cual incrementa más todavía la dispersión de la figura. En el presente supuesto, la diferenciación con las demás fuentes legales del ordenamiento patrio opera sobre todo a partir del principio de disjunción, puesto que se refiere a una materia concreta y, en menor medida, sirven también para delimitarlo los principios de competencia (que es exclusiva de la Cámara Baja) y de procedimiento necesitado, impeditivo -en este caso- de las proposiciones de ley y que requiere para su aprobación de mayoría absoluta.

A niveles explicativos, la indispensable mayoría absoluta en el Congreso es sintomática de que la potestad para declarar el estado de sitio, dada la gravedad y trascendencia de la situación, no puede ponerse en acto sin que medie una amplia concordancia de voluntades. Intereses generales de los más relevantes no pueden quedar a la apreciación de una poco sólida y perentoria mayoría simple.

En relación con la declaración de estado de excepción, en el de sitio el procedimiento sigue siendo ágil; de ahí que intervenga solo una Cámara, aquella que por criterios de aritmética electoral expresa con mayor fidelidad la voluntad popular y cuya configuración constitucional la hace de ordinario más poderosa que el Senado; de todos modos, disminuye el grado de agilidad procedimental versus la declaración de estado de excepción. La explicación podría venir

dada por dos importantes razones:

Primero, se trataría de evitar que la declaración quedase, de forma determinante, en el ámbito de potestad del Gobierno.

Segundo, por cuanto la pérdida de agilidad es más aparente que real; puesto que lo presumiblemente normal sería una declaración del estado de sitio, mientras estuviese en vigor el estado de excepción; el cual, salvadas las limitaciones temporales absolutas de su duración (un mes, durante el cual hay tiempo sobrado para declarar el estado de sitio), apenas si se diferencia en intensidad de la situación de emergencia en último lugar citada. Las únicas variaciones pasan por la imposibilidad de que en el estado de excepción se limite la información al detenido o se suspenda la asistencia letrada a éste (artículo 55 C.E., en relación con el 17.3). Además, tampoco podría ser condenada a muerte persona alguna, dado que el tiempo de guerra al que alude el artículo 15 de la Constitución debe ser tenido por sinónimo de estado de sitio.

Con lo que se acaba de apuntar, entiendo que puede concluirse la alusión a los estados excepcionales (especialmente a los de excepción y de sitio), como ampliadores de las potestades del Estado y en defensa del mismo, frente a las libertades individuales, que se restringen para evitar su posible perecimiento. Pero existe otra situación que, a pesar de los precedentes anarquistas, se plantea sobre todo en los últimos años como una brutal agresión desestabilizado

ra en contra del Estado e incluso de la sociedad civil y obliga al primero a poner en marcha potestades excepcionales que puede ejercer sobre ciertas personas o grupos, dentro de una soberanía normal que vuelve a acercarse a la potencial. Me refiero al problema del terrorismo, contemplado en el artículo 55.2 de nuestra ley soberana, cuyo desarrollo se contiene en la ley orgánica 3/1984, de 26 de diciembre.

El carácter, sustancialmente contemporáneo de este motor de inestabilidad política, hace que no esté directamente contemplado, salvo en la española, en ninguna de las constituciones, todas ellas más antiguas, de nuestro marco geopolítico, a pesar del hecho, casi aislado, que significó su definición en el Convenio de Ginebra de 1937, sobre prevención y represión del terrorismo. De hecho, hasta los años 70 no entró en el Derecho Internacional convencional una preocupación notoria por este tipo de delitos, que en nuestro ámbito regional se ha manifestado, fundamentalmente, con el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, adoptado en el marco del Consejo de Europa el 27 de enero de 1977.

A nivel de legislación interna se produjo, desde el año 1975, una cierta proliferación de normas reguladoras directa o indirectamente del terrorismo, hasta que apareció la ley orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, directamente orientada a desarrollar el artículo 55.2 de la Constitución. A modo de rápido inventario, entre tales normas se cuentan el decreto-ley de 22 de agosto de 1975, los reales decre-

tos-leyes de 18 de febrero de 1976, 4 de enero de 1977 y 30 de junio de 1978, la ley de 4 de diciembre de 1978 y el real decreto-ley de 26 de enero de 1979.

A partir de la citada ley orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, la única regulación del terrorismo, en aspectos puntuales, vino dada a través de la también ley orgánica 2/1981, de 4 de mayo, reformadora de los Códigos Penal y de Justicia Militar.

La anunciada inminencia de una nueva ley antiterrorista me ha hecho esperar hasta el tramo final de redacción de la tesis para dar forma a este apartado. Se trata de la ley orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, "contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución", que propende a lograr una unificación del régimen jurídico regulador de dicha materia.

Recordemos, con carácter previo al análisis de dicha norma, lo dispuesto en el artículo 55.2 de la Constitución de 1978:

Se apodera a una ley orgánica para que prevea *"en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas"*, , la suspensión para personas determinadas, de algunos derechos fundamentales, como los relativos a la detención preventiva (artículo 17.2 C.E.), inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 C.E.), y secreto de las comunicaciones (artíc. 18.3 C.E.). Es, asimismo, importante que dicha suspensión de

derechos ha de ser efectuada de forma individual, con intervención judicial "necesaria" (y lo subrayo), así como con el adecuado control parlamentario. Además, la violación de la forma y casos de lícita suspensión de derechos fundamentales por causa de terrorismo, produciría la correspondiente responsabilidad penal de los culpables.

Conforme se habrá podido observar, en el caso del terrorismo, la extensión de potestad de los órganos del Estado en defensa de la Constitución y a costa de los derechos fundamentales de la persona es muy limitada y queda revestida de garantías suficientes, tales como la judicial y la parlamentaria. Si bien de la Constitución no se deduce que la intervención judicial confiera a los jueces y magistrados el carácter de autoridades máximas, en relación con los supuestos de terrorismo, siempre y en todo caso, no es menos cierto que en ninguno de los supuestos posibles pueden ser postergados, ni su autoridad negada o menoscabada; lo cual opera a modo de trascendental garantía, dada la independencia de dicho poder.

Repasemos ahora la ley orgánica 8/1984, de 26 de diciembre:

a) Detención preventiva: Su régimen normal no sufre alteraciones sustanciales, puesto que su plazo máximo de 72 horas, sólo puede ser prorrogado, como máximo, en otros siete días más. En todo caso, antes de transcurrir el término ordinario, ha de darse cuenta al juez, a fin de que

éste autorice o deniegue la prolongación propuesta, pudiendo exigir siempre información sobre la situación del detenido, e incluso revocar la prórroga de plazo. La autoridad gubernativa está también facultada para ordenar la incomunicación del terrorista, bajo la superior autoridad judicial.

b) Inviolabilidad del domicilio: Las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado pueden proceder, sin necesidad de previa autorización judicial, a detenciones y registros domiciliarios relacionados con actividades terroristas. En todo caso, estos hechos deben ser comunicados inmediatamente al juez competente, el cual podrá intervenir en la cuestión, en los términos propios de las posibles detenciones preventivas que puedan haberse producido.

Acaso pudiera parecer que la presentación a los jueces de hechos consumados en cuanto a registros domiciliarios, pueda afectar en exceso a tal derecho fundamental, mas no se olvide que posibles actuaciones temerarias de la policía en este sentido, son susceptibles de originar responsabilidad penal, en los términos del artículo 194 del correspondiente Código (inhabilitación especial de la correspondiente autoridad o funcionario), e incluso delitos de mayor gravedad. Es más, la propia ley antiterrorista reconoce expresamente en su capítulo IV, la responsabilidad patrimonial del Estado en supuestos como el apuntado. Todo ello, además, sin perjuicio de las medidas que el Parlamento pueda adoptar, como consecuencia de sus potestades de control.

c) Secreto de las comunicaciones: Se permite la observación postal, telegráfica o telefónica, durante el tiempo que fuere preciso, cuando el juez lo acordase, por plazos de tres meses, mediante resolución motivada. En caso de urgencia, la medida puede ser acordada por el Ministro del Interior o, en su defecto, por el Director General de la Seguridad del Estado, siendo necesaria la inmediata comunicación al juez, quien, en cualquier momento, puede revocar la.

Evidentemente, la posible exclusión, por razones de urgencia, de la autorización judicial a priori, vuelve a tener como garantía y contrapeso, las cláusulas de responsabilidad antedichas y es perfectamente acorde con el artículo 55.2 de la ley soberana, puesto que ésta se limita a garantizar la necesaria intervención judicial, pero no el alcance concreto con que puede producirse, el cual no es precisamente restrictivo en la ley orgánica apuntada.

Llegados a este punto, en el que se agotan los derechos y libertades cuya suspensión la Constitución permite, cabe preguntarse si la extensión de las potestades públicas puede entenderse más allá de los mismos y en detrimento de otros derechos fundamentales de la persona, por causa de la prevención y represión de actividades terroristas, puesto que la ley orgánica reguladora así lo hace en determinados supuestos:

1. Declaración de ilicitud y disolución de asocia-

ciones: Procede cuando algunos de sus miembros activos hayan sido condenados por actividades terroristas y la correspondiente asociación haya tenido conocimiento de las mismas, o haya prestado amparo o ayuda. En este punto, nada hay que objetar a la atribución de potestades disolutorias al poder judicial, puesto que el artículo 22 C.E. precisa, con carácter general, que las asociaciones pueden ser disueltas mediante resolución judicial motivada y, además, que si persiguen fines o utilizan medios tipificados como delito, son ilegales. En resumidas cuentas, la ley orgánica de 26 de diciembre de 1984, no hace sino moverse en este punto plenamente dentro de la soberanía normal del Estado, puesto que la ilegalización y disolución de asociaciones puede producirse ante situaciones que ni siquiera constituyan un atentado frontal desestabilizador contra el Estado.

2. Clausura de medios de difusión: La autoridad judicial puede proceder a ella cuando se hayan cometido delitos de terrorismo mediante tales medios de comunicación y así lo solicite la querrela presentada por el Ministerio Fiscal, permitiéndose incluso que, mediante auto, la autoridad judicial adopte medidas provisionales al respecto.

Por lo que se refiere a la constitucionalidad de este supuesto, previsto en el artículo 21 de la ley anti-terrorista, es preciso observar que si bien tal medida no está contemplada, con carácter general, ni en el artículo 20 de la Constitución española, garante de la libertad de

expresión, ni tampoco en su artículo 16, que protege la libertad ideológica; no obstante tiene justificación constitucional en el mentado artículo 22, relativo a la libertad de asociación. No se olvide que, como muy bien ha sido indicado por el mercantilista GIRON TENA (25), las sociedades en general (y por supuesto las orientadas a la comunicación social), no son sino asociaciones cualificadas por diferencias específicas y, consecuentemente, les es aplicable por entero el régimen jurídico propio de éstas. A esta conclusión no puede obstar siquiera la existencia de entidades de comunicación de estructura no asociativa, puesto que aún en el caso de tener carácter fundacional (que es la otra posibilidad de lograr la aglutinación de esfuerzos humanos en una sola personalidad jurídica), el artículo 34 de la ley de leyes sólo reconoce el derecho de fundación para fines de interés general y declara aplicables a tales personas jurídicas los apartados 2 y 4 del artículo 22 de la Constitución, que son precisamente aquéllos en los que se mencionan las asociaciones ilegales, así como la posibilidad de disolución o suspensión de éstas por el poder judicial.

Por último, es de señalar, en lo que a las medidas cautelares se refiere, que la aplicación de la ley antiterrorista origina, al producirse el auto de procesamiento, la suspensión en cargos públicos de los encausados, y también se prevé que dicha ley comporte un régimen más restrictivo que el ordinario, en cuanto a prisión y libertad provisional

se refiere, aunque no parece, por meras cuestiones de plazo, que sea verosímil la aplicación práctica de dicho régimen excepcional.

2.4. La reforma constitucional y la sustancia del poder soberano en España

Conforme había sido dicho con entera corrección - por CARL SCHMITT (26), la reforma de una ley constitucional no es un acto de poder constituyente. Personalmente comparto esta idea, porque desde la soberanía normal, en la que se encuadra el redundante procedimiento constitucional de reforma constitucional, se tiende a modificar el alcance de la propia soberanía normal, sin alteración del poder soberano potencial.

En cambio, la sustitución de una Constitución por otra esencialmente distinta, sí es un acto de poder constituyente. De ahí que la inmensa mayoría de las constituciones - hagan mención de lo que OSCAR ALZAGA (27) denomina un "meollo irreformable", en el que, en buena lógica, ha de estar la sustancia de la soberanía potencial.

La Constitución Española de 1978, en estos puntos, no tiene precedentes de Derecho Comparado, al menos si se hace referencia a países con modelos de Estado parecidos; puesto que si bien es frecuente que se regulen las reformas no sustanciales de la Constitución, en cambio, cuando se trata de lo que ha de considerarse como sustancia del Estado, se cierran todas las vías de Derecho y se pretende que únicamente reste el exclusivo recurso a la revolución.

España, que protagonizó en la denominada transición política, un cambio pacífico de poder constituyente, a

pesar del artículo 1° de la Ley de Principios del Movimien -
to, ha constituido un régimen político institucional que in -
tenta salvaguardar a toda costa la paz interior. Una Nación
tan singularmente marcada desde principios del siglo XIX por
las revoluciones y los pronunciamientos militares, que adqui -
rieron el más violento patetismo en la horrible e inhumana -
conflagración civil de 1936 a 1939, no ha borrado este hecho
de su memoria histórica, porque existe la voluntad generali -
zada y decidida de que, a cualquier precio, no se vuelva a -
repetir.

A pesar de que, como ha sido señalado por MARTINEZ
CUADRADO (28), pudieran haber existido posibles "señuelos" -
en la Ley para la Reforma Política, de 4 de enero de 1977, -
en el sentido de dar la impresión de que los Procuradores en
Cortes cabría que se autosucedieran en Diputados y Senadores,
o que el número de Senadores de designación regia (artículo
2°.3) coincidiese con el de Consejeros Nacionales del Movi -
miento directamente nombrados por el Jefe del Estado, lo cier -
to es que, a no dudar, el deseo de preservar la paz interior -
influyó decisivamente en la superación por la Ley para la Re -
forma Política de las barreras políticas que suponían el Con -
sejo Nacional del Movimiento y las Cortes Orgánicas. Del mis -
mo modo, en la elaboración de la Constitución se siguió el -
método del mal denominado "consenso", que trató de articular
acuerdos de amplísima mayoría, la cual desde la perspectiva
política respondía a buen seguro al expresado deseo de paz,
puesto que jurídicamente era innecesario contar con mayorías

que superasen la absoluta en ambas Cámaras, requerida por el artículo 3.2 de la Ley para la Reforma Política.

No soy extraño a la consideración de otros posi --bles y, a buen seguro, complementarios factores explicativos de los hechos mencionados; pero, sin duda, el deseo de mantener la paz interna tuvo un papel sumamente relevante.

A mi entender, no cabe otra explicación al hecho - de que la Constitución, en su artículo 163, admita la posibilidad de su revisión integral.

En adelante utilizaré, con pleno respeto de la terminología empleada por la ley de leyes, la voz "reforma" para expresar el procedimiento que puede conducir a cambios -- constitucionales no esenciales, y la palabra "revisión" en - alusión a aquellos otros que puedan tener un carácter sustancial.

Pues bien, aún cuando es cierto que nuestra Constitución se encuadra dentro de las rígidas, al ser difícil su reforma, no lo es menos que el alcance de ésta, cuanto se - llega a la revisión, es ilimitado.

Para la reforma, según el artículo 167, se requie- re, en principio, una mayoría de tres quintos en cada una de las Cámaras que, de no lograrse, incluso después de haberse formado una comisión mixta, cabe que aquélla todavía prospe- re si el Senado la vota por mayoría absoluta, y el Congreso de los Diputados por dos tercios de sus miembros. En todo caso, la decisión última está en manos del cuerpo electoral, -

(el cual, conforme precisa RODRIGUEZ-ZAPATA, es también un Al to Organo del Estado)(29), puesto que con sólo una décima - parte de los miembros de una cualquiera de las Cámaras, puede obtenerse la convocatoria de un referendum decisorio, regulado en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero.

En el procedimiento de revisión se incrementa más todavía la rigidez apuntada, puesto que se requiere una mayoría de dos tercios en cada una de las Cámaras, que habría de venir seguida por la disolución de las Cortes y automática - convocatoria de nuevas elecciones. Producido esto, las Cámaras emergentes debieran ratificar la decisión de las anteriores, por idéntica mayoría. Finalmente, es imprescindible que el cuerpo electoral, mediante referendum, prestase también - su consentimiento para que la decisión prosperase.

El procedimiento de revisión permitiría, nada menos que la elaboración de una nueva Constitución y, por lo tanto, al no existir cortapisa alguna de alcance, se trataría de un acto de poder constituyente. Tal procedimiento sería también necesario si se pretendiera una alteración, por mínima que ésta fuese, de lo dispuesto en el actual Título preliminar, o de la Sección primera del Capítulo segundo del Título I, o del Título II. Eso me da a entender que la sustancia del actual modelo de Estado está aquí. Además, en tales partes de la estructura de la ley de soberanía se encuentra reflejado nuestro poder constituyente auténtico.

En el Título preliminar se expresa la forma y es -

estructura del Estado, sus grandes símbolos y, probablemente, los núcleos básicos del poder político real.

El poder constituyente aflora en el Título I (Sección primera de su Capítulo II) y en el Título II; con la sorpresa de que nuestra Constitución se inscribe en el doctrinarismo político (30). La conclusión no debe ser tan extraña, porque para proteger la continuidad de la Monarquía hubiera bastado con la sola inclusión del Título preliminar entre los preceptos que, para ser alterados, requieren que se sigan las normas de revisión constitucional apuntadas en el artículo 168. De hecho, el artículo 1.3 precisa que *"la forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria"*. En consecuencia, la inclusión de la integridad del Título II entre las normas constitucionales que únicamente pueden ser objeto de revisión, avala el hecho de que sólo un poder integrante de un pacto de soberanía potencial puede exigir que la expresión de éste en la Constitución se respete hasta los más nimios extremos. No se olvide que la Ley para la Reforma Política (artículo 5º) situaba al pacto entre el Rey la Nación por encima de las Cortes:

"El Rey podrá someter directamente al pueblo una opción política de interés nacional, sea o no de carácter constitucional, para que decida mediante referendun, cuyos resultados se impondrán a todos los órganos del Estado."

Si el objeto de consulta se refiriera a materia de competencia de las Cortes y éstas no tomaran la decisión correspondiente de acuerdo con el re-

sultado del referendum, quedarán disueltas, procediéndose a la convocatoria de nuevas elecciones".

El otro polo del doctrinarismo reseñado (soberanía popular), se expresa en la Sección primera del Capítulo II - del Título I, al protegerse los derechos fundamentales de la persona y las libertades públicas. Entre ellos se cuentan manifestaciones de los principios de libertad e igualdad, pero no se menciona el derecho de propiedad. Consecuentemente, y en adecuada consonancia con el modelo de Estado Social de Derecho, parece que del poder constituyente de la Nación ha sido desplazado el interés burgués en la protección del derecho a la propiedad privada.

A pesar de que LOEWENSTEIN (31) pensara que es absurda una previsión constitucional conducente a la completa sustitución por vía legal y no revolucionaria de la ley soberana, lo cierto es que ello puede ser un facto que contribuya, en una Nación con las peculiares características que tiene España, a la estabilidad del orden constituido. Legalmente, todos tienen opción a la Constitución que quieran, lo cual puede contribuir a poner coto a las ansias revolucionarias. De hecho, la rigidez de la Constitución para su reforma "legal" es grande, y extrema en el caso de la revisión. - Ello asegura que la implantación en España de un nuevo modelo de Estado haya de contar con tan amplias adhesiones que, si se plantease por la vía revolucionaria, no tendría casi sentido intentar detenerlo.

Una última apostilla:

No se olvide que, si de verdad existe detrás de la Constitución un poder constituyente doctrinario, sería incongruente que uno solo de sus polos pudiera erigirse, por vía de una singular revisión constitucional, en poder constituyente único.

Pues bien, obsérvese que la Constitución está en virgor y, por cauces de Derecho, sólo podría convertirse en otra, a través de esta fórmula:

"Por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Constitución como norma fundamental del Estado".

No se olvide tampoco que, según el artículo 8 de la ley soberana, es misión de las Fuerzas Armadas *"garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional"*.

¿Y quién dirige a las Fuerzas Armadas?

Según el artículo 97 de la ley de leyes, está claro que el Gobierno dirige la "defensa del Estado", pero no se dice nada en cuanto a la defensa de la Constitución, -- mientras que si repasamos el Título II, nos encontramos con un artículo, 31 61, relativo al juramento del Rey, según el cual deberá guardar y hacer guardar la Constitución; mientras que su artículo 62 h) le atribuye el mando supremo de las Fuerzas Armadas.

El tema es sumamente complejo, difícil y delicado como para seguir extendiéndome en él, máxime cuando el doctrinarismo que inspira nuestra Constitución, entiendo que ha quedado sobradamente puesto de relieve.

3. EL EQUILIBRIO DE LOS PODERES CONSTITUIDOS EN LA CONSTITUCION DE 1978

3.1. Planteamiento

Sin duda, la razón fundamental del equilibrio entre poderes es la salvaguardia de la libertad civil y no conviene perder de vista este ancestral postulado liberal, cuando se analiza la distribución del poder en cualquier Estado de Derecho.

A mi no me cabe ninguna duda de que si bien la defensa de la libertad sólo es posible en marcos político-institucionales muy concretos, su realidad efectiva requiere de una sociedad civil fuerte que mantenga al poder del Estado, cualquiera que éste sea, dentro de sus justos límites y convenientemente distribuido. No se me oculta tampoco que es función del Estado evitar que la libertad civil pueda conducir a irritantes niveles de desigualdad social que, además, acabarían perjudicando a la propia libertad.

Pienso, consecuentemente, que en el marco político de los Estados de Derecho ha de existir, para un correcto funcionamiento de las instituciones públicas y de la vida social, un primer equilibrio entre sociedad civil y Estado y un segundo equilibrio en el seno de cada uno de tales polos que no se puede conseguir sin la intervención o influencia del otro.

El modelo de Estado Social de Derecho ha consigui-

do en un grado muy elevado que, a través de la intervención del Estado, existan notorios niveles de igualdad civil y aceptables techos de libertad, esto último sobre todo por causa de la raíz política liberal sobre la que ha sido edificada la vertiente social del Estado. El gran problema de esta figura histórica de Comunidad Política estriba en que cada día la sociedad civil está más y más en manos del Estado, con el lógico desequilibrio entre éste y aquélla que el fenómeno conlleva, la consiguiente pérdida de intensidad en la dinámica social y el deterioro no grave, pero sí evidente, de la libertad. Es obvio que la situación apuntada es menos perceptible en España, país donde sólo en época muy reciente ha sido alcanzado un grado de libertad satisfactorio.

Entiendo que el fenómeno apuntado, juntamente con algunos condicionantes de índole estrictamente económica, va a hacer que asistamos a una crisis del Estado Social de Derecho, la cual no tiene por qué ser estructural; pero sin duda impondrá la revisión de bastantes planteamientos en los que se asienta el modelo de convivencia europeo-occidental.

El tema es apasionante, aunque yo no haya abierto el capítulo para entrar en él, sino con el fin de analizar otras de sus vertientes: a saber, el equilibrio de poder en el seno del Estado.

Conforme al hilo conductor del planteamiento hasta ahora seguido, es importante que la sociedad civil no confíe

exclusivamente en la existencia de un marco institucional apto para la defensa de su libertad, sino que ella misma y sus diferentes estratos y personas no abandonen la lucha de cada día por la defensa de sus derechos. A mí, como a tantos otros, en nuestro papel de intelectuales, también me corresponde aportar mi granito de arena.

Si se entra en la distribución de poder en el marco del Estado, lo primero es evitar confundir la técnica en sí con los efectos que, a través de ella, se pretenden (básicamente, la salvaguardia de la libertad).

Para botón, sirvan unos cuantos ejemplos:

a) El principio de legalidad responde a un factor político sustancial en las primitivas formas del Estado de Derecho: la subordinación del Ejecutivo al Legislativo, como órgano representante de la voluntad popular. Curiosamente, también las dictaduras, cesarismos empíricos y demás formas de autocracia, suelen conservar hoy en día la forma del principio de legalidad para privar a la nación de la sustancia y origen de éste en la legitimidad ascendente del poder.

b) Cuando se incide en la importancia determinante de cualquiera de las manifestaciones del poder (esta idea me la comunicó oralmente el profesor BAENA DEL ALCAZAR), automáticamente se empiezan a reforzar las otras, debido al mero hecho de que pasan más desapercibidas. En los tiempos modernos, la excesiva insistencia en la denominada infraestructura económica, ha dado lugar a modelos de Comunidad

Política en los que se refuerza hasta el grado sumo lo que, según este patrón de análisis, debiera ser superestructura.

Conforme ya se habrá podido observar, no basta con instaurar un sistema político fundamentado en la división de poderes, sino que, además, se debe procurar que ésta siga sirviendo a la finalidad que le dio origen y justificación.

En el momento presente, y conforme ha sido ya apuntado en multitud de ocasiones, el clásico esquema de MONTESQUIEU se ha desviado considerablemente de su finalidad inicial por causa de una serie de fenómenos históricos que son, fundamentalmente, el protagonismo de los partidos en la escena política y los cambios profundos que se han operado en el Poder Judicial.

Los partidos políticos, auténticos cuerpos intermedios entre la sociedad y el Estado, han superado su proscripción de origen entre los pensadores ilustrados, para convertirse en maquinarias de poder determinantes, que reducen a un auténtico mito las relaciones de "Checks and balances" entre Ejecutivo y Legislativo.

El que sería Poder Judicial a nivel funcional, aún cuando no suela estar en peligro su imparcialidad e independencia, carece de institucionalización orgánica en cuanto poder, puesto que bien se encuadre en Ministerios, como el de Justicia, bien lo haga en Consejos destinados a autoadministrar su independencia, en ninguno de los casos tiene

una identidad orgánica que responda a la realidad funcional de un poder. Por si fuera poco, en el marco europeo-continental se tiende a desgajar de su esfera de actividad específica la Justicia Constitucional.

El tema se complica y aleja más de su diseño originario si tenemos en cuenta la común disgregación del Ejecutivo en Jefatura del Estado y Gobierno y Administración, e incluso la complicación estructural que en el Estado produce la descentralización territorial de carácter político.

Ultimamente, sobre todo a partir de las construcciones teóricas de los pensadores orsganicistas alemanes e italianos, la teoría de la división de poderes ha venido siendo sustituida por la del equilibrio entre los Organos Constitucionales del Estado, contra la cual no tengo nada que decir, aunque me gustaría observar que no se corresponde plenamente con la anterior; en concreto, el Poder Judicial, en cuanto tal, desde la perspectiva funcional, desaparece de la escena y tampoco quiero dejar de hacer notar que se siguen ignorando temas como el de los partidos políticos e incluso que la teoría puede ser aplicada a Estados sin división de poderes o complicada con la presencia de entidades territoriales políticamente descentralizadas como lo son, en España, las Comunidades Autónomas.

Mi propósito, con todo lo anterior, es dejar claras dos cosas:

a) La teoría y realidad constitucional de la divi-

sión de poderes, ha sufrido profundísimas transformaciones y conviene estar ojo avizor para evitar que la dinámica de autofortalecimiento, inherente al poder, pueda alejarla en demasía de su sentido y finalidad iniciales.

b) Sería importante que surgieran estudios sobre la evolución de las relaciones de poder en el seno del Estado, tendentes a analizar hasta qué punto se han roto los mecanismos de equilibrio ideales y propusiesen soluciones sobre cómo adaptar el tema a los actuales tiempos y circunstancias.

Yo no voy a desarrollar estas cuestiones, que ahí quedan, incluso con el vector direccional apuntado, como estoy haciendo en varias ocasiones a lo largo de la presente tesis, puesto que no pertenecen al objeto directo de mi investigación. Me voy a centrar en la noción, más en boga hoy, de Organos Constitucionales del Estado, y preguntarme sobre si el equilibrio entre ellos es perfecto, en España, o si por el contrario, deja algo que desear.

3.2. La relación de equilibrio entre los Organos Constitucionales del Estado en España

Voy a partir, en este punto, de una hipótesis y de una premisa, para analizarlas luego a la luz de nuestro Derecho positivo.

La hipótesis es que en un Estado de Derecho, la

relación de poder entre sus Altos Organos Constitucionales debe ser lo más equilibrada posible, tanto en beneficio de la libertad, como por cuanto todos ellos son igualmente copartícipes de la Soberanía. De darse algún desequilibrio, que en ningún caso debiera ser trascendental, lo correcto sería que fuese en favor de las Cortes Generales, que representan de forma contingente el principio fundamental de índole democrática que inspira la estructura misma del Estado.

La premisa es una enumeración realista de los Altos Organos Constitucionales, que serían:

- La Corona.
- El Gobierno.
- Las Cortes Generales y cualquiera de sus Cámaras
- El Consejo General del Poder Judicial.
- El Tribunal Constitucional.
- Las Comunidades Autónomas.

En cuanto a los datos de Derecho positivo, la Constitución prevé los mecanismos básicos del equilibrio de poderes que se pretende, pero el desarrollo se encuentra en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, probablemente, no sea todo lo perfecto que pudiera pensarse, puesto que en dicha ley se observa una cierta tendencia a situar este Altísimo Tribunal en una situación de relativa preeminencia y de otro lado, no figura en ella todo el elenco de conflictos imaginable.

La situación de relativa preeminencia queda refle-

jada en los artículos 4 y 87 de la L.O.T.C. El primero de ellos impide que se promueva cuestión de jurisdicción o de competencia al Tribunal Constitucional, que es el único órgano que puede apreciar su carencia de ellas en algún caso. El segundo artículo de los citados obliga a todos los poderes públicos a cumplir lo que el Tribunal Constitucional resuelva.

En cuanto al elenco de conflictos imaginable, el artículo 59 de la L.O.T.C. no los abarca todos, puesto que excluye a la Corona y no prevé que el Tribunal Constitucional, como tal, pueda verse envuelto en una situación de conflicto. Ciertamente es que en estos puntos las controversias no son probables y menos en las actuales circunstancias, en las que el prestigio de la Institución Monárquica y del propio Tribunal Constitucional es enorme, pero no por ello dejan de ser posibles y no olvidemos que el Derecho está más para situaciones difíciles que para las armónicas.

El profesor BASSOLS COMA (32), en una magnífica publicación reciente, ha dejado clara la vertiente fundamental de Órgano Constitucional que la Corona tiene, por singular que sea su naturaleza, y con un núcleo de poder reducido que, no por encuadrarse en lo arbitral, simbólico o de representación y llevar aparejada una autonomía administrativa mínima, deja de existir. En el fondo, se trata de una situación constitucional que, conforme ha venido a demostrar el profesor LOPEZ RODO, fue preconizada por la propia Institución Monárquica desde el exilio voluntario del Rey Alfonso XIII (33).

Sin embargo, una tensión entre la Corona y otro Alto Organo del Estado podría, hipotéticamente, plantearse. Por ejemplo, si un Rey de España se negase a sancionar y promulgar una determinada ley, se estaría ante una situación conflictual entre el Titular de la Corona y las Cortes Generales que no sería fácil de resolver. Aún en el supuesto de que se considerase el carácter de acto debido de la sanción y promulgación, a la luz del artículo 91 de la Constitución Española, habría que preguntarse quién tiene jurisdicción para afirmar que la ley entra en vigor prescindiendo de tales "formalismos". Otro ejemplo puede ser la inhabilitación del Rey, cuya redacción sumamente borrosa en el artículo 59.2 de la ley de leyes, deja la duda sobre si está en la potestad exclusiva de las Cortes Generales o si, por el contrario, a la declaración de éstas debería preceder un acto del Titular de la Corona autoinhabilitándose. Estos temas y algún otro en el mismo sentido que aparece en la presente tesis, están en la Constitución y no procede cerrar los ojos ante la eventualidad, por improbable que ésta sea.

Aunque por vías indirectas pudiese llegar a intervenir el Tribunal Constitucional en supuestos de esta clase, no estaría de más que la cuestión tuviese acogida en la L.O. T.C., puesto que el artículo 161.1.d) C.E. así lo permite.

Contra ello no se puede siquiera oponer el artículo 56.3 de la ley soberana, puesto que aún no pudiendo estar la persona del Rey sujeta a responsabilidad, derivándose

ésta hacia la persona que refrendase el correspondiente acto (artículo 64.2), esto no sería óbice a que el muy hipotético conflicto se plantease entre los Organos Constitucionales directamente envueltos en el mismo.

Desde la otra cara de la moneda, no parece muy coherente que el Tribunal Constitucional quede configurado por su ley orgánica reguladora como una especie de suprapoder que siempre decide en última instancia y con el que no cabe conflicto alguno.

Sin duda, el papel de juridificador de las tensiones políticas que corresponde al Alto Tribunal de Garantías Constitucionales, pudo justificar, en la difícil época de la transición, que la L.O.T.C. se inclinase hacia una ampliación al máximo de su papel institucional, hecho que no se ha visto defraudado por la inmensa calidad técnica de la que el Tribunal Constitucional hace gala en la práctica totalidad de sus actuaciones. Sin embargo, ante una situación política que parece tan consolidada como irreversible, habríamos de preguntarnos si es conveniente mantener la posición de relativa supremacía en la que coloca la L.O.T.C. a dicho Organo Cuasijudicial, puesto que la Constitución permite otras soluciones, incluso más adecuadas a su letra y espíritu. No se olvide que el papel arbitral y moderador del funcionamiento regular de las instituciones, otorgado al Jefe del Estado por el artículo 56.1 de la Constitución, está hoy bajo mínimos, acaso por la relevancia que, por ley,

se le otorga al Tribunal Constitucional en este mismo sentido.

El problema es que si las decisiones del Tribunal Constitucional son absolutamente intangibles en todo caso, se podría llegar a correr el riesgo de que el Alto Tribunal fuese la auténtica Constitución del Estado.

El Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, se configura también como el más alto peldaño de la jurisdicción ordinaria, en materia de los Derechos y Libertades susceptibles de este tipo de recurso y cabría que una sentencia en este tipo de cuestiones produjese indirectamente efectos como el peligro de guerra con otras potencias, que supondrían invadir de hecho las esferas de potestad propias de otros órganos y poderes del Estado. El tema se desarrollará con mayor amplitud de matices en esta misma tesis doctoral (capítulo IV, epígrafe 3.2); aquí solo corresponde adelantar que la solución más coherente para una situación de este calibre pasaría por un arbitraje y moderación de la Jefatura del Estado, que no necesariamente debe regularse de forma procesal, entre los Altos Organismos implicados.

Soy consciente, repito, de que problemas como los que expongo son poco imaginables, desde una perspectiva realista, en nuestras actuales coordenadas históricas y políticas, mas el empeño del legislador en regular sólo lo probable y no lo posible, ha colocado al Tribunal Constitucional en una posición de relativa primacía sobre el resto

de los Altos Organismos del Estado e impide que algunas situaciones de hipotético conflicto pudieran tener, en su caso, una solución diáfana.

El problema se obviaría con la inclusión de la Corona, como órgano constituido, en las previsiones conflictuales de la L.O.T.C. y admitiendo, a la vez, que la solución de un improbable roce entre el Tribunal Constitucional y otro Poder del Estado pudiese ser resuelto por las potestades arbitrales y moderadoras del Rey.

Acaso se me objete que mi propuesta comporta el riesgo de dar a la Corona un papel constitucional que no la beneficiaría en absoluto ni a ella ni a la estabilidad del propio sistema.

Personalmente, no puedo aceptar una perspectiva semejante por las siguientes razones:

El hecho de que la Corona fuese parte activa, pasiva o resolutoria de un conflicto constitucional, no aumentaría su grado de probabilidad.

El Rey, como tal, seguiría careciendo de responsabilidad política derivada de sus posibles actuaciones.

La faceta de órgano constitucional que la Corona tiene, no le quita ni un ápice de su simbolismo ni la suprema preeminencia maiestática derivada de dicho atributo.

Mejoraría la claridad de los esquemas constitucionales, y el equilibrio del poder soberano normal.

Por último, España ha de comenzar a dejar de ver

con intranquilidad la asunción por la Corona de la misión política apartidista que le corresponde. Las viejas monarquías constitucionales, como la británica, han venido desempeñando con mejor o peor fortuna, su papel institucional durante siglos, sin que por ello se haya puesto en peligro, más bien al contrario, la estabilidad del Estado o de la propia Corona. Esto significa que España, ha de comenzar a superar, sin precipitaciones pero también sin injustificados temores, el lastre de su Historia, en pro del mejor y más duradero funcionamiento de su Monarquía Constitucional.

NOTAS AL CAPITULO 2

- (1) Sobre la nación, señalaba BURKE, en relación con la Constitución Británica: "Es una Constitución hecha por lo - que es diez mil veces mejor que la elección; está elaborada por las peculiares circunstancias, ocasiones, temperamento, disposición y hábitos morales, civiles y sociales del pueblo que se descubre a sí mismo sólo a través de un largo espacio de tiempo". BURKE, E.: "Thoughts on French Affairs", (1791), en "The Works", vol. II, Ed. Holdsworth & Ball, London, 1834, p. 564. Este párrafo, que corresponde a mi propia traducción, - puede también verse en: SUNE LLINAS, E.: "El Iusnaturalismo Político de Edmund Burke", Memoria de Licenciatura en CC. Políticas, Madrid, 1979, p. 197.
- (2) Sobre el concepto de SIEYES de la nación como fundamento de la legitimidad ascendente del poder, vid.: ARENDT, A.: "Sobre la Revolución", Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1967, p. 173.
- (3) Para SCHMITT, la reforma constitucional no sería jamás un acto de poder constituyente: "La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan solo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformar adicionales, refundiciones, supresiones, etc.; pero manteniendo la Constitución; (...) reforma constitucional no es, pues, destrucción de la Constitución. Los órganos competentes para acordar una ley de reforma de la Constitución no se convierten en titular o sujeto de poder constituyente". Vid.: SCHMITT, C.: "Teoría de la Constitución", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, p. 120.
- (4) SANCHEZ MORON, M.: "Notas sobre la función administrativa en la Constitución Española de 1978", en la obra colectiva "La Constitución Española de 1978", Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 610.
- (5) RODRIGUEZ DEVESA, que hace mención de esta Orden, la - consideraba nula de pleno derecho en las coordenadas jurídico-políticas vigentes en aquel momento. Vid. RODRIGUEZ DEVESA, J.M.: "Derecho Penal Español", Parte especial, 6a. edic., Madrid, 1975, p. 1.183.
- (6) Para los interesados en el tema, les recomendaría que - vieran el siguiente estudio: TRILLO-FIGUEROA, F.: "Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española", en la Revista de Estudios Políticos núm. 12 (nueva época), Ed. CEC, Madrid, 1979, pp. 105 y ss.

- (7) Desde la Constitución, el Código de Justicia Militar - ha tenido varias importantes modificaciones, de entre las que destaca la introducida por la ley orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, pero está todavía pendiente - de efectuar la más importante de ellas, a saber, la emanación del Código Penal Militar.
- (8) Según GARCIA-TREVIJANO: "Organos constitucionales son aquellos de rango superior que se encuentran regulados por la norma fundamental, bien en la Constitución o en Leyes constitucionales. (...) Partiendo de esta base - es posible hablar de órganos constitucionales inmediatos y mediatos: aquéllos son los creados y establecidos por la norma fundamental; éstos, los creados, pero no establecidos (...)". Vid.: GARCIA-TREVIJANO FOS, J.A.: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo II, vol. I, 2a. edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, - 1971, pp. 212 y 213.
En idéntico sentido: RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ, J.: "Ley Orgánica del Consejo de Estado", Ed. Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, pp. 40 y ss.; BARILE, P.: "Instituzioni di Diritto Pubblico", Padova, 1978, pp. 118 y ss.
- (9) VILLAR PALASI, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L.: "Principios de Derecho Administrativo", tomo I, Ed. Facultad de Derecho, U.Complutense, Madrid, 1982, p. 286.
- (10) Sobre la crítica al concepto de inconstitucionalidad - sobrevenida, véase VILLAR PALASI, J.L. y SUNE LLINAS, E.: "Comentario al Artículo 9º de la Constitución", en la obra colectiva "La Constitución Española de 1978", vol. I, Ed. EDERSA, Madrid, 1983.
- (11) La sentencia del Tribunal Constitucional 111/1983, de 2 de diciembre, adolece, en su fundamento jurídico octavo, de una redacción un tanto confusa. A pesar de todo, que da claro que se disocia el derecho de propiedad como - tal de la garantía expropiatoria. Así lo entienden también los Magistrados firmantes del voto particular, en cuyo punto 3º de discrepancia se ocupan de señalar, en sentido contrario al, en este punto borroso, planteamiento de la sentencia, que la garantía expropiatoria se refiere al contenido del derecho de propiedad y no ha de erigirse en un derecho distinto.
- (12) El tema se trata con mayor amplitud en VILLAR PALASI, J.L. y SUNE LLINAS, E.: "Comentario al Artículo 82 de la Constitución", en la obra colectiva "La Constitución Española de 1978", vol. VI, Ed. EDERSA, Madrid, 1985.
- (13) FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: "Las leyes orgánicas", conferencia pronunciada en el C.E.U., Madrid, 1983.

- (14) Sobre la consideración doctrinal de este modelo de Estado, véanse:
 KAMMLER, J.: "El Estado Social", en la obra colectiva coordinada por ABENDROTH y LENK: "Introducción a la Ciencia Política", Ed. Anagrama, Barcelona, 1971, pp. 91 y ss.
 LEIBHOLZ, G.: "Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna", Ed. IEP, Madrid, 1971.
- (15) Véase, en este sentido: TRUYOL SERRA, A.: "Los Derechos Humanos", Ed. Tecnos, Madrid, 1973.
- (16) Sobre este punto existe una curiosa polémica entre los profesores PECES-BARBA y ALZAGA:
 PECES-BARBA, G.: "Proposiciones socialistas, de principio y de orden institucional, en los diferentes trámites de elaboración de la Constitución", en la obra colectiva "La Constitución de 1978 en la historia del Constitucionalismo español", Ed. MEZQUITA, Madrid, 1982, pp. 84 y 85.
 ALZAGA VILLAMIL, O.: "Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978", Ed. Del Foro, Madrid, 1978.
- (17) Una afirmación de estas características no puede quedar exenta de justificación, aunque sea al pie del texto principal, ni de la adición de un comentario que, acertado o no, puede resultar, cuando menos, asaz sugerente:
 En línea con uno de los grandes hilos conductores de esta tesis, y en contra de las teorías clásicas del contrato social, pienso que la sociedad civil es un producto de la organización política y no viceversa. De hecho, toda sociedad viene definida por una globalidad que es característica propia del poder político. De otro lado, la imagen de un pacto entre hombres aislados, es poco menos que surrealista. El empeño teórico ilustrado en la configuración del poder político como difusario de un contrato entre individuos, no era más que la justificación ideológica (no entre en si buena o mala) de la subversión frente a modelos políticos que no satisfacían pretensiones e intereses de grupos sociales, poderosos de facto, por obtener un modelo de Estado que legalizase y afianzase "su libertad", "su igualdad" y "su propiedad". De ahí la distinción clara entre sociedad civil y Estado, e incluso de la diferenciación por algunos autores entre el "pacto social" y el "pacto político": se reclamaba a fin de cuentas que "su sociedad civil" pudiese instituir "su Estado", que dejaba hacer y "passer" para que el poderío económico de los ya poderosos en este terreno se incrementarse más y más. Consolidado el triunfo histórico de los grupos sociales de poder liberales, aparecen nuevas tensiones que hallan su justificación ideo-

lógica en el socialismo (fundamentalmente marxista). - Se dice y escribe con harta frecuencia que tales ideas, planteadas como reformismo (revisionismo en el léxico de LENIN) a partir de BEBEL y KAUTSKY, dieron lugar a una socialización de los planteamientos democráticos y defensores de los derechos humanos propios del liberalismo, a través de la potenciación del intervencionismo estatal en pro de una igualdad más real y efectiva. Cabría también pensar que los grupos de poder que emanciparon la sociedad civil del Estado del Antiguo Régimen, una vez satisfechas sus pretensiones, acabaron por utilizar "su Estado", reforzándolo, para consolidar su poder social. En cualquier caso, aunque no sea idéntica la conclusión, sí lo es el resultado (Estado Social de Derecho).

- (18) Entre otros, juzgo de interés los siguientes estudios:

a) Relativos a protección jurisdiccional y amparo:

GARRIDO FALLA, F.: "Comentario al Artículo 53 de la Constitución", en la obra colectiva "Comentarios a la Constitución", Ed. Civitas, Madrid, 1980.

RUBIO LLORENTE, F. y ARAGON REYES, M.: "La Jurisdicción Constitucional", en la obra colectiva "La Constitución Española de 1978", Ed. Civitas, Madrid, 1980.

QUADRA-SALCEDO, T. de la: "El Recurso de Amparo y los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares", Ed. Civitas, Madrid, 1981.

b) Sobre el Defensor del Pueblo:

GIL-ROBLES, A.: "El Defensor del Pueblo", Ed. Civitas, Madrid, 1979.

- (19) GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R.: "Curso de Derecho Administrativo", Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1980, pp. 65 y ss.

- (20) En un sentido parecido, aunque con el acento puesto en la perspectiva ética, está la obra de SERRANO TRIANA, A.: "La Utilidad de la Noción de Servicio Público y la Crisis del Estado Bienestar", Ed. IELSS, Madrid, 1983, pp. 70 y ss.

- (21) El tema no ha sido tratado con profusión por nuestra doctrina, aunque existen algunas referencias y excelentes trabajos:

RODRIGUEZ OLIVER, J.M.: "Resúmenes de Derecho Administrativo", Ed. ICAI, Madrid, 1979.

SANTAMARIA PASTOR, J.A.: "La teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador", RAP, n° 68, Ed. IEP, Madrid, 1971, pp. 57 y ss.

SORIANO GARCIA, J.E.: "Responsabilidad del Estado Legislador y proceso descolonizador", REDA, núm. 30, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 582 y ss.

- (22) SCHMITT, C.: "La Defensa de la Constitución", Ed. Labor, Barcelona, 1931.
- (23) VILLAR PALASI, J.L. y SUNE LLINAS, E.: "Comentario al artículo 9º de la Constitución", en la obra colectiva: "La Constitución Española de 1978", Ed. EDESA, Madrid, 1983, pp. 237 y ss.
- (24) VILLAR PALASI, J.L. y SUNE LLINAS, E.: Op.cit., pp. 337 y ss. Sustancialmente en el estudio en cuestión se afirmaba que si bien el principio de jerarquía no podía definir las relaciones entre todas las normas que integran el ordenamiento jurídico español, tampoco bastaba con la adición del principio de competencia, puesto que era erróneamente utilizado, entre otros, en el actual ejemplo paradigmático de la relación entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, puesto que el proceder ambas de las Cortes Generales, la distinción entre ellas no puede tener nada que ver con la competencia del órgano. Ello hace preciso introducir dos elementos distintivos más: el que hace referencia al procedimiento que necesariamente debe seguirse para elaborar cualquier tipo de norma, y la existencia de sectores de materia reservada a alguna de ellas. Al ser, en lógica matemática, tales conjuntos, disjuntos entre sí, al no existir intersección entre los diferentes sectores de materia reservada, de ahí que se enuncie un principio de disjunción.
- (25) GIRON TENA, J.: "Apuntes de Derecho Mercantil. 1º (Sociedades. Parte General)", Ed. Facultad de Derecho U. Complutense, Madrid, 1977, pp. 5 y ss.
- (26) SCHMITT, C.: "Teoría de la Constitución", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, p. 120.
- (27) ALZAGA VILLAMIL, O.: "Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978", Ed. Del Foro, Madrid, 1978, p. 966.
- (28) MARTINEZ CUADRADO, M.: "El Retorno a la Democracia", - en "Las elecciones en España", número extra II de la Revista Historia 16, Madrid, 1977, pp. 148 y 149.
- (29) RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ, G.: Op.cit., p. 41. "En España, si se atiende a los datos de nuestro Derecho positivo, son órganos constitucionales (...) el pueblo español, en cuanto cuerpo electoral, por residir en él la soberanía nacional (Art. 1.2 Constitución)".

- (30) Esta idea fue ya insinuada por MARTINEZ CUADRADO, M.: "La Monarquía Parlamentaria", en la obra colectiva: - "La Constitución Española de 1978", Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 25. En general, sobre el tema del doctrinarismo político, existe una monografía española de primer orden: Vid. DIEZ DEL CORRAL, L.: "El liberalismo doctrinario", Ed. IEP, Madrid, 1956.
- (31) Sobre la previsión constitucional de una reforma integral de la misma, asegura LOEWENSTEIN: "Sería absurdo suponer que el futuro legislador constitucional se permitiera con una enmienda constitucional, un ataque frontal contra el Estado de Derecho". LOEWENSTEIN, K.: "Teoría de la Constitución", 2a. edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1970.
- (32) BASSOLS COMA, M.: "Instituciones Administrativas al servicio de la Corona: Dotación, Casa de S.M. el Rey y Patrimonio Nacional", en la Revista de Administración Pública núm. 100-102, Ed. CEC, Madrid, 1983.
- (33) Vid. LOPEZ RODO, L.: "La larga marcha hacia la Monarquía", Ed. Noguer, Barcelona, 1977.
De este libro, excelentemente documentado y que aporta el testimonio de las propias vivencias, se pueden extraer algunos interesantes datos, como el "pacto de San Juan de Luz" (1948), suscrito por la Confederación de Fuerzas Monárquicas y el PSOE, que sería la primera piedra extrarégimen para una transición democrática pacífica (p. 110).
En este sentido, el propio Conde de Barcelona, en el acto de cesión a Don Juan Carlos I de los derechos dinásticos, expresó como objetivo de la Monarquía una situación política idéntica, o muy semejante, a la que figura en la actual Constitución:
"Fiel a estos principios, durante 36 años he venido sosteniendo invariablemente que la institución monárquica ha de adecuarse a las realidades sociales que los tiempos demandan, que el Rey tenía que ejercer un poder arbitral por encima de los partidos políticos y clases sociales sin distinciones, que la monarquía tenía que ser un Estado de Derecho, en el que gobernantes y gobernados han de estar sometidos a las leyes dictadas por los organismos legislativos constituidos por una auténtica representación popular, que aún siendo la religión católica la profesada por la mayoría del pueblo español, había que respetar el ejercicio y práctica de las otras religiones dentro de un régimen de libertad de cultos, como estableció el Concilio Vaticano II. Y finalmente, que España, por su historia y por su presente, tiene derecho a participar destacadamente en el concierto de las naciones del mundo civilizado" (p. 667).

CAPITULO III

LA VINCULACION INTERNACIONAL DE POTESTADES ESTATALES

1. BREVES CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Es éste un capítulo que no puede faltar en esta tesis, pero debe ser reducido de extensión, puesto que mi propósito al escribirlo no rebasa la pretensión de enfocar, desde la Constitución de 1978, la cesión de poder que nuestro Estado puede efectuar en la Comunidad Internacional, sus límites, alguna de las más importantes consecuencias que de ello pueden ser extraídas y, sobre todo, el análisis de las repercusiones jurídicas que, a nivel de ejercicio de potestades, ha tenido o puede tener la integración de España en las más trascendentales organizaciones internacionales de nuestro ámbito regional occidental-europeo.

Es así que, lejos de entrar en problemas de fondo del Derecho Internacional -los cuales no soy la persona más indicada para abordar, ni me interesan ahora más allá de los concretos objetivos que persigo con la presente tesis doctoral- me centraré en nuestro Derecho Constitucional positivo.

En nuestra ley soberana aparece una clara primacía de principio del Derecho en ella contenido frente al Ordenamiento Internacional. No en vano, cuando su artículo 95 afirma que *"la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional"*, se contrapone claramente a la idea contrario sensu, que aparecía en el artículo 7º de nuestra Constitución de 9 de diciembre de 1931: *"El Estado -*

español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su Derecho positivo". No obstante, a pesar de que se consagre la regla de primacía de la Constitución, las cosas no son tan simples. En concreto, el artículo 10.2 de la ley soberana, que es "lex aptior rem gerendæ" con relación al 95, en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, dispone lo que sigue:

"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

En el siguiente apartado se estudiará el significado y alcance de tan importante artículo; pero ahora corresponde terminar de definir las grandes líneas de nuestro sistema constitucional de Derecho Internacional.

Ya ha sido apuntado que la potestad de concertar un Tratado contrario a la Constitución, al exigir la revisión de ésta, corresponde, en el fondo, a mayorías parlamentarias supercualificadas, con la posible intervención del cuerpo electoral mediante referéndum, que me excuso de comentar aquí por haberlo efectuado ya en el anterior capítulo. Conforme allí precisé, una revisión total de la Carta Magna o la parcial descrita en su artículo 168, plantearía casi un problema de poder constituyente.

Por lo demás, la conclusión de un Convenio Internacional

cional, siempre requiere de una reglada intervención del Rey para manifestar formalmente el consentimiento del Estado, - aunque el poder de fondo está repartido según los casos.

1. En ningún supuesto este poder puede correspon - der a las Comunidades Autónomas, por virtud del artículo 149 1.3^a de la Carta Magna. Otra cosa sería que las nacionalida - des y regiones autónomas ejecutasen tratados en vigor, pues - to que esto no interfiere en las relaciones internacionales.

2. La competencia residual parece que corresponde tácitamente al Gobierno, en virtud del artículo 94.2 de la - Constitución, en relación con el 97 del mismo texto fundamen - tal.

3. La potestad del Gobierno está vinculada por la potestad ordinaria de las Cortes Generales, que han de auto - rizar con carácter previo la celebración de Convenios Inter - nacionales, en los casos previstos en el artículo 94.1 de - nuestra ley soberana. La necesidad de dicha autorización se dará siempre en la práctica, al incluir en el supuesto la le tra d) del precepto citado a aquellos *"tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pú - blica"*.

4. Cabe también una potestad autorizatoria excep - cional de las Cortes Generales, que habría de contenerse en una ley orgánica cuando, mediante el correspondiente Tratado, *"se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución"* - (artículo 93). A los efectos de esta tesis, es éste el artí -

culo más importante de los referidos, puesto que señala el procedimiento a partir del cual se puede proceder a vincular internacionalmente potestades estatales. Obsérvese, además, que la referencia a organizaciones o instituciones internacionales no deja lugar a dudas sobre su aplicación a sujetos u órganos de Derecho Internacional que, como en el caso de las Comunidades Europeas, son denominados por algunos autores, entre los que se encuentra el español CARLOS MOLINA(1), "comunidades supranacionales".

Por último, es de señalar que los Convenios Internacionales, en cuanto fuentes del Derecho interno, adquieren una peculiar rigidez y estabilidad, puesto que, según el artículo 96 de la ley de leyes, la potestad para modificarlos, suspenderlos o derogarlos, debe darse según establezca el propio tratado, o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

Del Derecho Internacional General interesa destacar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, que contiene un amplio casuismo al respecto, perfectamente puesto de manifiesto por el profesor -- DIEZ DE VELASCO (2).

Esta rigidez queda confirmada al exigir el artículo 96.2 de la Constitución para la denuncia de los Convenios Internacionales que se utilice el procedimiento estipulado en el artículo 94 (entiende que también el del artículo 93, en su caso) para su aprobación.

La denuncia, concepto que está perfectamente definido en una magnífica obra de VERDROSS (3), supone que en los Tratados o generadores de obligaciones bilaterales, el incumplimiento de una de las partes que ponga en peligro el fin del Tratado, habilita a la otra para retirarse del mismo.

Entremos ahora en las imprescindibles concreciones.

2. EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, EL DERECHO INTERNACIONAL SE INCORPORA A LA CONSTITUCION

Ya ha sido reproducido el tenor literal del artículo 10.2 de la ley de leyes, con la expresa indicación de que este precepto denotaba un cierto grado de sumisión de la -- Constitución al Derecho Internacional.

Este hecho se da al ser elevada la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los demás tratados sobre la materia ratificados por España, al rango constitucional. De ahí que no sean una mera ley interna más, en el sentido -- del artículo 96.1 de nuestro Texto Fundamental, sino que están en una auténtica relación de supremacía jerárquica sobre aquéllas.

Acaso se piense, en contra de lo expuesto, que lo que se dispone en el artículo 10.2 de la Constitución no a -- tribuye a los convenios descritos un papel mayor que el de -- mero criterio cualificado de interpretación de la declara -- ción de derechos y libertades contenida en la ley soberana. Dicha perspectiva, que se corresponde con el sentido literal de la Constitución, no deja de ser cierta; mas no se opo -- ne tampoco a lo que acabo de exponer, porque mediante la interpretación de la norma, se trata de descubrir su espíritu, y es precisamente el espíritu de la ley el que tiene virtualidad aplicativa, incluso frente a posibles tenores litera -- les desconectados del sentido íntimo del precepto. En el fon

do, la interpretación no hace sino descubrir la dimensión - real de la norma y no puede conducir a un resultado diferente de ella misma. Por eso, no hay más remedio que entender - que los acuerdos internacionales sobre la materia son Constitución, a los efectos internos y no una mera ley ordinaria - más. Bien es cierto que la retirada de España de un determinado convenio relativo a Derechos Humanos impediría la efectividad de lo en él dispuesto, en el sentido del artículo - 10.2, mas una situación parecida tiene pocas probabilidades de acontecer, a causa del presumible desprestigio que para - España supondría entre los Estados democráticos y a las probables reacciones negativas de la opinión pública interna.

A través del artículo 10.2 de la Constitución, las escasas potestades que tiene nuestro Estado sobre estas esfe- ras, por definición exentas de las limitaciones impuestas - por los poderes públicos, se refuerzan todavía más al insertarse de pleno en los principios jurídicos más progresivos - que inspiran los ordenamientos de los países democráticos de Occidente.

La vinculación internacional de potestades estatales que, con referencia a los derechos fundamentales y liber- tades públicas, se deriva del artículo 10.2 de la Constitu- ción, no ha pasado inadvertida para la jurisprudencia del - Tribunal Supremo (véanse, por ejemplo, las sentencias de 22 de mayo de 1981 y de 22 de septiembre del mismo año), ni tam- poco para la doctrina científica. Concretamente, el profesor y juez europeo de Derechos Humanos GARCIA DE ENTERRIA, así -

como los también profesores SANCHEZ MORON, ORTEGA Y LINDE, a caso impulsados por su celo democrático, van más allá de lo expuesto por mí, hasta el punto de que acaso lleguen a conclusiones excesivas, al defender que la interpretación de los derechos y libertades efectuada por el Tribunal Europeo también quedaría incorporada a nuestra Constitución (4).

A no dudar, si una presunta violación de Derechos Humanos producida en España llega al aludido Tribunal, lo probable es que éste mantenga su jurisprudencia; pero la fuerza (posiblemente bondadosa) de los hechos, no debe ser confundida con el Derecho como tal.

En todo caso, lo cierto es que hoy por hoy, ya han sido elevados al rango constitucional los siguientes Convenios Internacionales:

- La Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España con fecha de 13 de abril de 1977.

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la misma fecha.

- La Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, adoptado en el seno del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1940, con instrumento de ratificación por España de 22 de noviembre de 1979.

- La Carta Social Europea, de 18 de octubre de --
1961, que España ratificó mediante instrumento de 29 de abril
de 1980.

El hecho de que se incorporasen a la ley soberana -
normas convencionales tan relevantes, según refiere HERRERO
DE MINON (5), originó que en las discusiones de la ponencia
constitucional se llegase a proponer, para simplificar, la -
sustitución de la parte dogmática de la Constitución por una
norma del más elevado rango que dispusiera la remisión del -
Texto Fundamental a la Convención Europea de Derechos del -
Hombre y a la Carta Social Europea.

Una última conclusión relevante se refiere a que -
este "élargissement", por virtud de los Tratados a los que -
se refiere el artículo 10.2, de la precisión de los derechos
comprendidos en la Sección primera del Capítulo II del Títu-
lo I de la Constitución, más la objeción de conciencia pre -
vista en su artículo 30, amplía de facto las posibilidades -
de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

3. LA SINGULAR INTENSIDAD DE LA VINCULACION DE POTESTADES EN EL AMBITO REGIONAL EUROPEO

La considerable fuerza inicial del movimiento federalista europeo, cuya evolución ha descrito entre nosotros - el profesor TRUYOL (6), atraviesa hoy una época de esclerosis, propiciada sin duda por la crisis económica; pero no se puede dudar que en la moderna descendiente de la "Res Publica Christianorum" se ha llegado a un grado de integración supraestatal que, aún siendo objetivamente "corto", probablemente supere lo esperable, al haberse dado entre países libres que poco tiempo ha estuvieron enfrentados entre sí. A pesar de que la CECA y la EURATOM puedan tener algo que ver con un intento de abortar a priori un hipotético resurgimiento del poder militar autónomo de Alemania, no hay duda que, en los supuestos del Consejo de Europa y de la CEE, la solidaridad intereuropea ha constituido un factor cohesivo no único, pero sí de peso determinante en esta noble tarea.

El Consejo de Europa va a ser objeto de consideración en la tesis, puesto que en su seno se ha producido una alienación de la potestad jurisdiccional de última instancia, en cuestiones relativas a los derechos humanos, por parte de la mayoría de los Estados miembros y singularmente de España.

Tampoco puedo obviar, en vísperas de la más que probable integración española en las CC.EE., el tratamiento de algunos problemas relativos al reparto de la potestad nor

mativa entre nuestro país y la Comunidad, e incluso de la potestad jurisdiccional, sobre los que es preciso arrojar un poco más de luz, al no haber sido definitivamente resueltos por la doctrina española, que ha iniciado ya una más que meritoria aproximación al tema. Este es el caso, entre otros - ilustres tratadistas, del ya citado CARLOS MOLINA y también de MUÑOZ MACHADO (7).

Me hubiera gustado poder tratar aquí la incidencia de la adhesión española al Tratado de Washington, que nos integra en la NATO, para cerrar la referencia a los grandes - Convenios que marcan las líneas fundamentales de nuestra plena inserción (actual o futura) en la política occidental, la cual, por obvias razones geopolíticas, se extiende hasta más allá del estricto marco europeo; pero en el Tratado de Washington, la vinculación formal de los estados miembros está escasamente institucionalizada, y la estrecha relación entre ellos se sitúa más en el plano de los intereses políticos que en el de una efectiva solidez jurídica que otorgue potestades a la OTAN, en detrimento de las correspondientes a los - Estados signatarios de su convenio constitutivo.

3.1. La articulación de las potestades normativas y jurisdiccionales de las Comunidades Europeas con las correspondientes a la futura España comunitaria

La posibilidad, cada día más clara, de que España

se integre en las Comunidades Europeas mediante nuestra adhesión al Tratado de París, de 18 de abril de 1951, constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (C.E.C.A.) y a los dos Tratados de Roma, de 25 de marzo de 1957, por los que se crean la Comunidad Económica Europea (C.E.E.) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM o CEEA), me plantea la necesidad de examinar, desde la óptica de la potestad, algunas de las cuestiones en las que la doctrina española citada se muestra más dubitativa. Tales estudios, muy buenos por otra parte, suscitan interrogantes a veces inadecuados y otras no demasiado bien resueltos, en claro contraste con el muy bien terminado resto del contenido de sus obras.

Una cuestión que, según entiendo, no debería siquiera haber sido planteada, es la relativa a si normas comunitarias como los reglamentos y las directivas (8), que pueden prevalecer sobre normas de Derecho interno con rango de ley, tienen naturaleza reglamentaria o legal. Una vez que se ha hecho cuestión de este tema, me veo obligado, sin embargo, a salir al paso del mismo.

MUÑOZ MACHADO (9), acaso influido en demasía por planteamientos anteriores de tratadistas europeos del Derecho Comunitario, y con pleno olvido de una teoría que, sin duda, conoce sobradamente, cual es la del grupo normativo, acuñada por el maestro VILLAR PALASI, se plantea la diatriba expuesta y la resuelve en el sentido de entender que sólo -- una norma con naturaleza de ley puede prevalecer sobre una --

ley interna.

¿Por qué aduzco que la discusión no tiene sentido? Fundamentalmente por dos razones; una de ellas jurídica y otra que ya roza más con la política.

1. España está en trance de adherirse a una Comunidad Supranacional que va a proceder al "transferencia de competencias" en el sentido de su artículo 93; ello significa, por la correlación casi del cien por cien entre potestad y competencia desarrollada en el capítulo V de esta tesis que, mediante el Tratado, van a ser transferidas a la Comunidad potestades que en principio corresponden a órganos de nuestro Estado. De entrada existe cobertura constitucional para que España sea parte en convenios que impliquen la cesión de potestad normativa en organizaciones o instituciones internacionales y, correlativamente, los órganos que en principio tenían atribuida interna corporis del Estado la correspondiente potestad, quedan desapoderados de la misma en la extensión y medida que se deduzcan del correspondiente Tratado. Si una norma supranacional amparada en dicho convenio se aplica directamente en los Estados miembros, habrá de prevalecer sobre cualquier norma subconstitucional de los mismos. Idéntica cosa sucede cuando una norma comunitaria requiera ver concretados sus objetivos, no directamente aplicables, por el Derecho estatal. En el primer supuesto, el precepto comunitario prevalecerá sobre el Derecho interno, en la medida de su coherencia con el Trata-

do que lo permite. En el segundo caso, la directiva reabre - la potestad de los órganos estatales correspondientes para - dictar normas que, en el marco de la misma, satisfagan los - objetivos del precepto comunitario.

En todo lo que tercia hasta el momento presente, - no he hecho otra cosa que ofrecer un clarísimo ejemplo de lo que es un grupo normativo.

VILLAR PALASI definía el grupo normativo (10) como un conjunto de normas, jerárquicamente ordenado, que son iso mórficas entre sí, o lo que es lo mismo, tienen la misma "ra tio" o finalidad.

Actualmente, en la obra que escribí con VILLAR EZ CURRA y en un comentario al artículo 9º de la Constitución, del que soy coautor, ha introducido el profesor VILLAR PALASI una ligera variación de matiz. En lugar de establecer una conexión jerárquica entre las normas que integran el grupo, alude a un mucho más genérico "plusvalor". No se trata tanto de una rectificación "stricto sensu" como de un matiz que se produce, por necesidad, cuando se pasa de un Estado centra - lista, caracterizado por una sola línea de poder en grados - sucesivos, a otro modelo de Estado políticamente descentrali zado, en el que las relaciones de poder son más intrincadas, aparecen leyes regionales, y la teoría de las normas adquie - re un mayor grado de complejidad estructural. En el fondo, - algo parecido se da cuando nos encontramos ante una Comuni - dad Supranacional.

En este sentido, lo que sucede en el caso de la --
prevalencia de los reglamentos y directivas comunitarias so-
bre las leyes internas es lo siguiente:

Existe un grupo normativo que, desde la perspecti-
va del Derecho español, tiene su cabeza en el artículo 93 de
la Constitución y la concreción sucesiva viene dada, a un se-
gundo nivel, por los Tratados constitutivos de las Comunida-
des Europeas; al tercer nivel se situarían los reglamentos y
directivas en la medida de su isomorfía con los anteriores -
Tratados que definen el marco de potestad comunitaria y el -
correlativo desapoderamiento del derecho nacional español --
(distribución de competencia). Por último, en un cuarto gra-
do, una directiva podría ser aplicada por normas de derecho
interno (a veces de nivel legal), precisamente porque es la
propia directiva la que reasigna potestad a los órganos del
Estado. En este mismo cuarto nivel (relación con el Derecho
de producción estatal), un reglamento comunitario isomórfico
con los tratados se aplica con preferencia al Derecho nacio-
nal, que no puede ser dictado válidamente, en materias de -
competencia de la Comunidad, contra el tenor del Derecho pro-
pio de ésta. La conclusión aparente de que la colisión se -
produce entre el reglamento comunitario y la ley nacional, -
queda disipada para quien esté acostumbrado a manejar la teo-
ría del grupo normativo, puesto que la colisión real se da -
entre la ley interna y el artículo 93 de la Constitución, el
cual, conjuntamente con lo preceptuado en el Convenio Inter-
nacional correspondiente, son de aplicación preferente fren-

te a tal ley.

2. Por lo que se refiere a la razón política que contribuye a dar al traste con el planteamiento de MUÑOZ MACHADO, diré que si bien en los ordenamientos nacionales de raíz liberal la jerarquía de una norma parlamentaria (ley formal) sobre un precepto administrativo (reglamento), tiene el claro sentido de hacer prevalecer la voluntad del dominus del poder sobre la de su vicario, en cambio, tales esquemas se rompen en el marco del Derecho Comunitario Europeo. Aquí la legitimidad democrática se encuentra en cada uno de los Estados miembros, según imperativo del Tratado de Roma y, por lo tanto, está cubierta de entrada. Esta situación permite de forma muy coherente que un reglamento o directiva comunitarios, al estar amparados en una legitimidad democrática supranacional de fondo, puedan prevalecer sobre las expresiones normativas de voluntad de los Parlamentos de los países miembros, mientras aquéllos se muevan en el ámbito de la competencia comunitaria.

A lo expuesto no obsta siquiera la actual legitimidad democrática directa del denominado Parlamento Europeo, puesto que su poder, todavía reducido, no alcanza a la potestad de legislar. El Parlamento Europeo es básicamente un símbolo del movimiento federalista, que testifica la voluntad de tener, en su día, algo más que una mera sociedad civil europea; pero cuando este día llegue, la vieja Europa será cualitativamente distinta de las actuales Comunidades.

Resuelto el primer problema que plantea nuestra ad

hesión a las Comunidades Europeas, surge una segunda cuestión: ¿Quién ha de ejecutar o desarrollar, en el Derecho Interno, las normas comunitarias?

A mi modesto entender, la solución es fácil: aquel órgano al que constitucionalmente corresponda; sea éste las Cortes Generales, el Gobierno, las Comunidades Autónomas, etc.

Imagino que, como es habitual, los problemas se plantearán en relación con estas últimas.

Cuando se produce una devolución de potestad comunitaria al ámbito interno del Estado, es forzoso que vuelvan a entrar en juego las reglas constitucionales generales de éste, que, en el caso de España pueden, a veces, remitir la correspondiente potestad a las Comunidades Autónomas.

Contra lo expuesto no sirve alegar la ya mencionada competencia exclusiva de los órganos centrales del Estado en cuanto se refiere a relaciones internacionales, puesto que nos movemos en el ámbito de ejecución, interna corporis del Estado, de una relación internacional preestablecida.

Tampoco vale decir que el Estado, y no las regiones, es el único sujeto con responsabilidad internacional, dado que las Comunidades Autónomas son tan "Estado" como los órganos centrales del mismo.

Ahora bien, es cierto que según el artículo 93 de la ley soberana, *"corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de es-*

los tratados y de las resoluciones emitidas de los orga -
 nismos internacionales o supranacionales titulares de la gestión".

Si las Cortes Generales y el Gobierno han de garan -
 tizar algo, evidentemente deben poder hacerlo, pero eso no -
 es argumento para sostener un detrimento en la competencia -
 inicial de ejecución que pueda corresponder a las Comunida -
 des Autónomas en virtud de la Constitución y de sus respecti -
 vos Estatutos. Predicar lo contrario sería algo así como su -
 poner que un fiador ordinario se pone en lugar del deudor, -
 sin esperar a que éste haya incumplido su obligación.

Hablando en metáfora, la verdad es que los órganos -
 centrales fiadores tienen instrumentos constitucionales sufi -
 cientes para evitar incluso que el deudor incumpla su obliga -
 ción.

Cuando se trate de que las Comunidades Autónomas -
 dicten leyes en desarrollo de una directiva, al Parlamento -
 nacional le basta con emanar sistemáticamente una ley que -
 concrete los objetivos de la misma. Por imperativo del artí -
 culo 149.3 de la Constitución, si una Comunidad Autónoma no
 cumple con su obligación de legislar, la ley estatal cubre -
 este papel al operar como supletoria.

A niveles de ejecución de las normas de las Comuni -
 dades Europeas, cuando una región española se resistiere a -
 ello, sería plenamente aplicable un artículo constitucional
 que, como el 155, permite al Gobierno de la Nación tomar la
 iniciativa.

Más difícil parece, en cambio, aplicar el mecanismo

de las leyes de armonización previstas en el artículo 150.3 de la Constitución, puesto que al ser éstas leyes "de princi pios" y ocurrir algo parecido con las directivas, tanta su - perposición de principios sobre principios, a buen seguro -- originaría más confusión que beneficios. Además, si las di - rectivas sólo quieren vincular a los países comunitarios en la consecución de determinados objetivos, cosa que cada uno hará a su manera, queda totalmente en entredicho la "necesidad" para el "interés general" de esta acción armonizadora y no olvidemos que se trata de conceptos jurídicos indetermina dos, controlables por el Tribunal Constitucional.

Otro tema discutido en la Europa Comunitaria, que puede tener gran relevancia, es la solución que deba darse a un hipotético conflicto jurisdiccional entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades y el Tribunal Constitucional Español, cuestión que es enormemente complicada y mucho me te mo que no tenga solución desde el Derecho.

Existen precedentes, como en el caso "Internatio- nale Handelsgesellschaft", en el que el Tribunal Constitu- cional alemán, en sentencia de 27-V-74, ordenó la inaplica- ción de un acto comunitario.

El planteamiento es el siguiente: Según el artícu- lo 171 del Tratado de Roma "si el Tribunal de Justicia reco- noce que un Estado miembro ha faltado a una de sus obliga- ciones que le incumbe en virtud del presente Tratado, ese - Estado estará obligado a tomar las medidas que implica la - ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia". ¿Qué - sucede?

a) Desde la perspectiva comunitaria

1. Los Estados que son parte en los Tratados -- constitutivos de las Comunidades Europeas han convenido erigir al Tribunal de Justicia en intérprete y aplicador supremo de los mismos.

2. Los Estados miembros, al haber aceptado los Convenios respectivos, no pueden escudarse en su Derecho interno (ni aún en el Constitucional) para su incumplimiento; puesto que contravendrían principios de Derecho Internacional que, como el de la buena fe, están universalmente reconocidos en los países civilizados y al mismo nivel de los Tratados, según el artículo 38 del Estatuto del T.I.J.

3. Incluso desde el Derecho Constitucional Español, el trasvase de potestades soberanas está aceptado por -- el artículo 93 de la ley de leyes de nuestro país.

4. El Tratado de Roma permite al Tribunal de -- Justicia comunitario definir su propia jurisdicción y asegurar la aplicación del Derecho de las Comunidades con un necesario efecto directo y efecto útil de sus normas.

5. Las garantías de los Derechos Humanos están a salvo, por cuanto el Tribunal de Justicia, aún no siendo -- ésta su misión institucional, tiene en cuenta los estándares comunes que se deducen de los Convenios producidos en el seno del Consejo de Europa, al ser parte en los mismos todos -- los Estados que integran las CC.EE.

b) Desde la perspectiva del Derecho Constitucional de España (11)

1. Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia Comunitario puede definir el ámbito interno de los Tratados, los Tribunales españoles, y señaladamente el Constitucional, pueden delimitarlos externamente. Con este planteamiento, la zona de penumbra no admite solución posible a un hipotético conflicto de jurisdicciones.

2. Las perspectivas internacionalistas de solución de posibles conflictos de ordenamientos no están admitidas por el Derecho Constitucional Español, cuyo artículo 95 denota un espíritu del Derecho interno, también monista, pero en este caso de carácter estatal.

3. Si bien el artículo 93 de la Constitución acepta que se internacionalice el ejercicio de potestades soberanas, ello no implica que por esta sola causa pueda darse un detrimento de los Derechos Constitucionales sustantivos.

4. Muy en concreto, en materia de Derechos Humanos, ni tiene jurisdicción el Tribunal de Justicia de las Comunidades, ni aún siendo concordantes sus decisiones con el sistema europeo protector de los mismos, puede quedarse jamás por debajo de los mínimos constitucionales. Es muy cierto que, en virtud del artículo 10.2 de la ley soberana, el Derecho Internacional Humanitario se incorpora a la Constitución, pero lo hace en sentido maximalista y jamás minimalista.

Con las posibles posturas ya fijadas y planteadas, yo no encuentro solución en Derecho, ni tiene por qué haberla. Esta cuestión, lejos de enmarcarse en criterios jurídico formales semejantes a los que se deducen del principio "non liquet" y de las normas conflictuales propias del Derecho in terno, es política por naturaleza.

La Comunidad Económica Europea estaría abocada al fracaso, y así lo demuestran los hechos, si adoptasen sus órganos propios una postura de tibieza frente a los Estados - miembros. Artículos como el 171 del Tratado de Roma son im - prescindibles para la supervivencia comunitaria. Sin embargo, el Estado sigue siendo en nuestras coordenadas históricas, - la realidad institucional más depurada del poder político, - que puede aceptar una vinculación internacional de algunas - (incluso muchas) potestades soberanas pero que, normalmente, no accede a renunciar a su soberanía misma, salvo en Consti - tuciones con una fuerte carga de idealismo y utopía (como la Española de 1931) que, al final, tampoco puede verse refleja da en la práctica, o en otras que, hasta cierto punto, se -- puede afirmar que han sido impuestas por los vencedores de - una guerra.

Trabajar por Europa es todavía hoy una lucha por - la utopía, y cuando esto se hace desde la pesada solidez so - berana de los viejos Estados, los caminos jurídicos de la -- utopía se vuelven contradictorios. El poder sigue estando en el Estado y la razón en la utopía.

¿Cómo ha de resolverse entonces la tensión entre el

poder de la fuerza y el poder de la razón?

A mi modesto entender, la clave está en la prudencia y en el sentido común. Por ahora no reside en el Derecho.

Cuando España se halle integrada en la Europa Económica, los Altos Organos del Estado (Comunidades Autónomas incluídas) y señaladamente el Tribunal Constitucional, no podrán tener en los supuestos límite una actuación brillante - desde el Derecho, simplemente porque no cabe. Solamente la prudencia y la consciencia de que se aplica en pro de Europa la razón de Estado, a veces en contra del Estado mismo, podrá alumbrar las soluciones adecuadas. En el caso hipotético de que las Comunidades Europeas llegasen a ser una carga y una preocupación constantes, siempre quedaría la solución de desvincularse de ellas. Sin embargo, mientras dure la permanencia, nadie debe escandalizarse de que ello a veces comporte ligeros sacrificios de Derecho Constitucional.

Europa es una sociedad civil muy definida, constituida mediante los pactos económicos comunitarios y las garantías del Consejo de Europa en materia de Derechos y Libertades Fundamentales.

Aún cuando están pendientes todavía grandes problemas de crecimiento europeo en extensión y en profundidad, la cuestión fundamental ha dejado de ser el contrato social, para pasar a serlo el contrato político. Cada día es más imprescindible para Europa que el símbolo político de unidad - que representaba el Imperio, roto definitiva e interesadamen

te con la finalización de la Primera Guerra Mundial, resur -
ja, sobre las ideas modernas, de sus cenizas medievales.

La antorcha nunca extinta de Europa la reprendió -
bajo el signo de los nuevos tiempos, COUDENHOVE-KALERGI (12)
en 1923, y ha seguido flameando con fuerza en el mundo de --
las ideas, con ilustres representantes españoles, como ORTE-
GA Y GASSET (13) y DIEZ DEL CORRAL (14), y quizás con menor
intensidad, aunque con logros importantes, en la esfera de -
los hechos.

Sólo con una fórmula política europea lo racional
podrá pasar a ser real y la presencia de una organización so
berana permitirá un ejercicio coherente e indiscutido de po-
testades en el marco del Derecho.

4. LA EUROPEIZACION DE LA JURISDICCION PROTECTORA DE LOS DE- RECHOS FUNDAMENTALES Y LAS LIBERTADES

Es mi intención ser breve en este apartad, por --
cuanto una buena descripción de los principales Tratados con-
certados en el seno del Consejo de Europa en la materia pue-
de encontrarse en la obra ya citada de GARCIA DE ENTERRIA, -
LINDE, ORTEGA Y SANCHEZ MORON, así como en varias obras, ge-
nerales o específicas, de ilustres iusinternacionalistas.

Sólo me interesa destacar que los Derechos Humanos
protegidos por la Convención Europea de 4 de noviembre de -
1950, pueden gozar de un régimen tuitivo que trascienda de -
la mera protección legislativa, incorporada a la Constitu --
ción en el caso de España en virtud de su artículo 10.2, pa-
ra adentrarse en terrenos de internacionalización de la po -
testad jurisdiccional al máximo nivel.

Evidentemente, una tal renuncia del Estado a la de-
cisión de última instancia, en cuanto se refiere a los Dere-
chos del Hombre y las Libertades Fundamentales recogidos en
la Convención de 1950, no es fácil que se produzca. En este
sentido, el Tratado citado previó esta posibilidad sólo si -
cada Estado reconocía la competencia jurisdiccional del Con-
sejo de Europa, con el mero hecho de aceptar la de la Comi -
sión Europea de los Derechos Humanos, que es la encargada de
examinar los recursos presentados por individuos de tales Es-
tados y, en su caso, remitirlos al Tribunal Europeo de Dere-

chos Humanos, para que éste se pronuncie, con carácter definitivo, sobre el asunto de que se trate.

La declaración española al respecto se produjo el 11 de junio de 1981.

Esto significa, pura y simplemente, que cualquier español que considere haber sufrido una vulneración de cualquiera de los derechos amparados por la Convención de 1950, en el plazo de seis meses desde que se haya producido el agotamiento de los recursos internos (entre los que se incluye el de Amparo ante el Tribunal Constitucional en las materias susceptibles del mismo), puede llevar su caso ante la Comisión del Consejo de Europa, la cual, si lo juzga oportuno, lo elevará, para ser juzgado, al Tribunal Europeo.

España, con su decisión de 11 de junio de 1981, hizo algo más que aceptar legislación convencional internacional (que estaba vigente en nuestro país desde 1977); en concreto, trasladó al Consejo de Europa la potestad de decisión de última instancia, con todo lo que esto significa en cuanto a ver cumplida la vocación de esferas de libertad ajenas al poder del Estado, que son los Derechos Humanos.

NOTAS AL CAPITULO 3

- (1) MOLINA DEL POZO, C.: "Dos Estudios sobre Derecho Administrativo Comunitario", Ed. INAP, Madrid, 1982.
- (2) DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: "Instituciones de Derecho Internacional Público", tomo I, 2a. edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, pp. 122 y ss.
- (3) VERDROSS, A.: "Derecho Internacional Público", Ed. Aguilar, Madrid, 1976, pp. 163 y 164.
- (4) GARCIA DE ENTERRIA, E.; SANCHEZ MORON, M.; ORTEGA, L.I.; LINDE, E.: "El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos", 2a. edición, Ed. Civitas, Madrid, 1983, p. 181.
- (5) HERRERO R. DE MIÑON, M.: "Les Sources Etrangères de la Constitution", en el núm. 8 de la Revista "Pouvoirs", - (1978), pp. 97 y ss.
- (6) TRUYOL SERRA, A.: "La Integración Europea: Idea y Realidad", Ed. Tecnos, Madrid, 1972.
- (7) MUÑOZ MACHADO, S.: "El Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución Española", Ed. Civitas, Madrid, 1980.
- (8) Cuando me refiero a "reglamentos" y "directivas", empleo estas expresiones relativizadas a las normas comunitarias, no a los actos, y con sentido doctrinal, no legal, pues no se me escapa la confusión de denominaciones entre los distintos tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.
Ambas normas proceden del Consejo de Ministros comunitario y mientras los reglamentos van enfocados a su aplicabilidad inmediata, las directivas, en cambio, tienen el sentido de las "loi-cache", puesto que marcan objetivos a conseguir con la aplicación del Derecho interno.
- (9) MUÑOZ MACHADO, S.: Op. cit., pp. 53 y ss.
- (10) La noción de grupo normativo aparece en casi toda publicación que tenga VILLAR PALASI sobre la teoría de las normas. En el contexto del Derecho Comunitario Europeo, prefiero citar aquella que haga el planteamiento más en abstracto con referencia al Derecho español: Vid. VILLAR PALASI, J.L.: "La Interpretación y los Apogemas Jurídico-Lógicos", Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, pp. 56 y ss.

- (11) Doy por descontado que la adhesión se producirá con en ganche constitucional en el artículo 93 y no en el 95, puesto quemucho tendrían que variar las actuales coor denadas políticas para adoptarse una decisión tendente a modificar la ley soberana, mediante la introducción de una norma tan diáfana, clara y exenta de problemas jurídicos como ésta: "Ningún órgano del Estado tiene - potestad para oponerse a decisión alguna del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aún cuando és ta pudiere afectar a otros preceptos constitucionales, mientras España permanezca adherida a los Tratados -- constitutivos de las Comunidades Europeas". Es de suponer que si en 1978 no se introdujo una cláusula parecida en el Texto Fundamental, sus razones ten dría el legislador colectivo constitucional. Un dictamen previo del Tribunal Constitucional en los términos del artículo 95.2, aparte de los enormes problemas políticos que podría plantear, si considerase - que los Tratados o su ejecución (que es peor) pudiesen ser contrarios a la Constitución; aún en el caso de - ser positivo para la adhesión sin reforma constitucio nal, no resolvería nada, por cuanto el Alto Órgano Cua sijudicial ni puede prever los términos de la futura - ejecución de los Tratados Comunitarios, ni la Consti tución le obliga tampoco a vincular su jurisprudencia fú tura a sentencias y dictámenes antepasados.
- (12) COUDENHOVE-KALERGI, R.: "Panurope", Ed. P.Simon, Pa - rís, 1927.
- (13) ORTEGA Y GASSET, J.: "La Rebelión de las Masas", Ed. - Austral, Buenos Aires, 1970, pp. 14 y 219.
- (14) DIEZ DEL CORRAL, L.: "El Rapto de Europa. Una Interpre - tación Histórica de Nuestro Tiempo", Ed. Revista de Oc - cidente, Madrid, 1954.

CAPITULO IV

LOS SECTORES EXTRAADMINISTRATIVOS DEL ESTADO Y SUS POTESTADES

1. LAS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES DIRECTAS DE POTESTAD A
ORGANOS Y PODERES DEL ESTADO DISTINTOS DEL LEGISLATIVO

Si se retoma ahora una idea que ya fue esbozada con anterioridad (véase el apartado 4.2. del Capítulo I), y en la que no voy a insistir mucho, por cuanto ha sido admirablemente sintetizada por GARCIA DE ENTERRIA (1), veremos que el fundamento tradicional del Estado de Derecho, sobre todo inmediatamente después de su consolidación por causa de la ideología liberal y del común asentimiento en la legitimidad democrática del poder, pasa por una primacía del Parlamento, como órgano que institucionaliza la voluntad popular y sus variaciones, frente a otros poderes del Estado. Esta relación política material se manifestó en el plano jurídico formal a través del principio de legalidad: la ley (voluntad del Parlamento) guía las decisiones de los órganos del Estado que tienen por misión ejecutarla (todos los demás), y prevalece sobre las mismas.

Ahora bien, para que la división de poderes, considerada como un medio de salvaguardia de la libertad individual, pueda tener unos ciertos visos de verosimilitud, es imprescindible que la primacía del Parlamento no sea absoluta. De ahí la necesidad de una Constitución que defina un prudente equilibrio de poderes, sin el que no son posibles "checks and balances" de ningún género. Para ello es imprescindible que ningún órgano del Estado suma por entero el papel de la

Constitución soberana.

En Inglaterra, una vez liquidada la época de poderío cuasi absoluto de OLIVER CROMWELL, se impuso la teoría de la soberanía parlamentaria, con la que de hecho, cualquiera de las decisiones del Parlamento era Constitución.

El juez COKE, ya a principios del siglo XVII, consciente de que con ello el Estado se confundía con la voluntad de la mayoría parlamentaria, abogó decididamente por el control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Aunque la idea no prosperara en su época, resurgió luego con éxito en los Estados Unidos de América, cuando su Corte Suprema de Justicia, a raíz del universalmente citado caso "Marbury versus Madison" (1803), siguió la antigua doctrina de COKE (expresada en el "Bonham's case" de 1610), por más que su fuente inmediata de inspiración fuese HAMILTON (2), cuando éste precisaba que cuando una ley contradice la Constitución, "o se aplica la ley, en cuyo caso no se aplica la Constitución, o se aplica la Constitución, en cuyo caso no se aplica la Ley". Evidentemente, la segunda solución parece, a todas luces, más razonable.

En la Europa continental, HANS KELSEN ofreció una solución parecida en la Constitución Austriaca de 1920, pero en este caso introdujo en el Estado un nuevo órgano no inserto en el poder judicial, para resolver los conflictos apuntados y evitar así una posible primacía del poder judicial frente al legislativo.

Con lo apuntado, pretendo que quede clara una sola conclusión, al ser su importancia transcendental:

En los modernos Estados de Derecho, de raíz liberal, si bien es lógico que el Parlamento mantenga una cierta primacía sobre los demás poderes y órganos del Estado, por causa de su origen inmediatamente popular y democrático, no lo es en cambio que esta superioridad sea absoluta. Por lo tanto, es coherente que la mayor parte de las potestades soberanas estén depositadas en el Parlamento, el cual, a través de una potestad de potestades, la legislativa, puede redistribuirlas dentro de los límites constitucionales; pero ello no obsta para que otros órganos y poderes del Estado -- distintos del legislativo tengan potestades atribuídas directamente por la Constitución y cuyo ejercicio no puede ser interferido por una decisión del Parlamento, ni aún cuando ésta adopte forma de ley.

Con esta conclusión, estoy seguro de que no descubro nada nuevo; esto es algo sabido, pero de ella no se ha extraído suficientemente su virtualidad definidora de varios grandes temas de nuestro Derecho Político y Administrativo, algunos de los cuales apunto en los apartados del presente Capítulo que vienen a continuación.

2. LAS POTESTADES CONSTITUCIONALES DEL TITULAR DE LA CORONA, NO PUEDEN SER MENOSCABADAS POR LA LEY

Es ésta una cuestión en la que voy a ser breve, - por cuanto no parece que pueda plantear situaciones conflictivas a corto ni a medio plazo. De todos modos, no está de más el señalamiento del tema, puesto que siempre puede ser preventivo de torpezas, las cuales no lo serían menos por afectar al ámbito de lo simbólico, que también es un importante elemento constitutivo del Estado.

En el Título II de la Constitución se relacionan - potestades otorgadas directamente al Rey (básicamente en el artículo 62), que no pueden ser condicionadas ni menoscabadas por las Cortes. Ello no se debe al carácter doctrinario que ya he predicado de nuestra Constitución (véase el apartado 2.4. del Capítulo II), al no tener relación alguna con -- planteamientos de poder constituyente, sino que se trata de un tema que se inserta plenamente en el ámbito de lo jurídico. No es un problema de "principio monárquico", sino algo - que afecta al ámbito de poder del que dispone el Rey como poder constituido.

Acaso lo que ahora se suscita quede más claro con un ejemplo en el que ya se ha manifestado una cierta falta - de delicadeza que no parece grave ni abiertamente inconstitucional, pero constitutiva, desde luego, de una línea de actuación que no debiera crear escuela.

El artículo 62 a) de la Constitución otorga directamente al Rey la potestad de "sancionar y promulgar las le yes". Dicho precepto alcanza, sin duda, a toda ley posible y no exclusivamente a las dictadas por las Cortes Generales o por alguna de sus Cámaras. Para estos casos, existe incluso un artículo específico -el 91- que reitera la necesidad de sanción y promulgación Real.

Sin embargo, cuando se trata de leyes que tienen su origen en las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, lo dispuesto en el artículo 62 a) de la Constitución comienza a quedar desdibujado por los correspondientes Estatutos de Autonomía, la mayoría de los cuales, en línea con lo dispuesto en el de Cataluña (artículo 33.2), atribuyen la mencionada potestad al Presidente de la Comunidad, que la ejerce "en nombre del Rey". En el Estatuto de Guerníca (artículo 27.5), se omite incluso esta última expresión.

A mi parecer, un Estatuto de Autonomía, como ley estatal que es, no puede condicionar, limitar, ni negar una potestad que es del Rey, porque así lo dispone nuestro Texto Fundamental. No se diga que el artículo 152.1 de la ley soberana otorga al Presidente de cada Comunidad Autónoma la "*representación (...) ordinaria del Estado en aquélla*", porque esta expresión de carácter protocolario, no debe permitirle ejercer una potestad regia, por formal que ésta sea, en mayor medida que pueda hacerlo con referencia a otros órganos y poderes del Estado.

Lo más acorde con la Constitución, aquello que no se presta a interpretaciones, y sobre todo lo más elegante, hubiera sido que los Estatutos de Autonomía previeran la posibilidad de que el Rey delegara esta atribución, de forma expresa y personalísima, en cada Presidente de Comunidad Autónoma; porque tiene evidentes ventajas prácticas que el Monarca no retenga el ejercicio de la potestad considerada.

Sin duda, puede argüirse que la sanción y promulgación Regia de los Estatutos de Autonomía comporta una delegación tácita de potestad. Personalmente, no quiero manifestarme en abierto desacuerdo con esta idea, máxime cuando es hasta cierto punto razonable y existen hechos consumados que es prudente no poner en tela de juicio; pero conviene apuntar dos observaciones:

a) La sanción y promulgación de las normas legales no es una potestad puramente simbólica, dado que el plazo de 15 días establecido por el artículo 91 de la Constitución para que se produzca, en relación con las leyes de Cortes, conlleva un escasísimo margen, pero margen a fin de cuentas, de veto suspensivo, que en el futuro podría dar pie a que la Corona expresase su criterio no favorable a una ley con el acto simbólico de esperar al último día para sancionarla y promulgarla. En todo caso, vuelve a ser discutible que el aludido término rija para otras leyes diferentes de las aprobadas por el Parlamento del Estado.

b) Las normas estatutarias que atribuyen a los Pre

sidentes de las Comunidades Autónomas la potestad de sancionar y promulgar las leyes propias, pueden comportar una delegación general tácita, pero jamás una abdicación de esta prerrogativa Regia, pues entiendo que ninguna ley puede impedir a un Rey constitucional reasumir la citada potestad cuando -- lo desee y con plena independencia de los términos en que -- fueron redactados los Estatutos de Autonomía.

Repito, al terminar este apartado y antes de pasar a cuestiones más problemáticas, que no creo verosímil que el ejemplo apuntado pueda plantear problemas. Mi única pretensión, aparte del señalamiento de un supuesto de potestades -- ajenas al Poder Legislativo, es contribuir a la evitación de situaciones de fricción, que sin duda podrían plantear intervenciones desafortunadas del Parlamento en el desarrollo legislativo de artículos constitucionales como el 56.1 o el 62 h) en relación con el 97.

3. EL PODER JUDICIAL TIENE POTESTAD EXCLUSIVA PARA JUZGAR Y HACER EJECUTAR LO JUZGADO

En principio, si se sigue la expresión de VILLAR - PALASI, en la que dicho autor afirma el carácter vicarial de las potestades administrativas con referencia al Parlamento (dominus del poder), lo mismo habría de ser extraído de la - relación entre el Poder Judicial y el Legislativo. En realidad, el artículo 117.1 de la ley de leyes hace buena esta - primera aseveración, pues deja clara la sumisión del Poder - Judicial "al imperio de la ley".

De todos modos, las cosas no son tan simples como a primera vista pudiera parecer.

De la misma manera que la ley puede modular el alcance de la función ejecutiva y potestad reglamentaria del - Gobierno, pero nunca negarlas, porque tal cosa sería tanto - como contravenir el artículo 97 de la Constitución, existe - también un importantísimo grupo de potestades que el artículo 117.3 de la vigente Carta Magna del Estado español otorga directa e inexcusablemente al Poder Judicial. Léase si no la dicción literal del último precepto citado:

"El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan".

Es de observar que la Constitución solamente apodera a la ley para determinar cuáles y cuántos son los Juzgados y Tribunales, así como para establecer la competencia de los mismos y el procedimiento por el que han de regir sus actuaciones; pero jamás podrán las Cortes Generales matizar o condicionar la potestad exclusiva de aquéllos, derivada de un imperativo constitucional, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La importancia de lo dicho hasta ahora se manifiesta en sus enormes repercusiones prácticas.

3.1. La embargabilidad de los bienes patrimoniales y de las rentas del Tesoro por causa de obligaciones presupuestarias derivadas de sentencia firme

Acaso el enunciado que encabeza el presente epígrafe pueda resultar sorprendente, por lo que supone de ruptura con los criterios mantenidos por varias leyes anteriores al vigente Texto Fundamental y con tradicionales inercias de la doctrina en la aceptación de ideas que han llegado a adquirir carácter de dogmas y a convertirse, por lo tanto, en prejuicios que la nueva realidad constitucional hace necesario superar.

En esta tesis, conforme he expresado con anterioridad, tiendo precisamente, por medio del replanteamiento de los estudios sobre la potestad, a reabrir el análisis de --

cuestiones (básicamente del Derecho Administrativo) que, acaso con demasiada rapidez, habían solido darse por zanjadas.

Repasemos brevemente la legislación básica sobre - la materia.

El artículo 18 de la Ley del Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, indica lo siguiente:

"Ningún Tribunal podrá dictar providencia de embargo, ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni contra las rentas, frutos o productos del mismo, debiendo estarse a este respecto a lo que dispone la Ley de Administración y Contabilidad de - la Hacienda Pública".

La ley acabada de mencionar en la cita literal, es hoy la General Presupuestaria, de 4 de enero de 1977, a la - que más adelante habrá de hacerse forzada alusión y señaladamente a su artículo 44.

También tiene relación con este tema el artículo - 105.2.4^a de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956.

A no tardar, procederé al análisis detenido de las normas referidas. Por el momento, baste con la indicación de que el privilegio administrativo de inembargabilidad del Tesoro choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 117. 3 de la Constitución. Es evidente que malamente podría un --

Tribunal hacer ejecutar lo juzgado en contra de los intereses patrimoniales de la Administración y con la oposición de ésta, si no es con el recurso al embargo.

Por todo lo expuesto, no hay más remedio que considerar de entrada derogados los artículos 18 L.P.E., 44 L.G.P. y 105.2.4^a L.J.C.A., dado el tenor de la disposición constitucional a tales efectos, en su número 3, con respecto a las normas anteriores a la ley soberana.

Para despejar dudas conviene, sin embargo, entrar en un análisis más profundo y meticulado de la problemática de referencia.

El artículo 105.2.4^a L.J.C.A. permite que queden - en suspenso o se inejecuten aquellas sentencias que dan lugar a obligaciones presupuestarias susceptibles de provocar un detrimento grave para la Hacienda Pública. No es ésta la única posibilidad de suspensión o inejecución de resoluciones judiciales firmes, pero sí la que ahora nos interesa. - Los demás supuestos serán objeto de esta tesis en el epígrafe siguiente.

El precepto resumido tiene dos raíces históricas - muy claras que exponen con encomiable síncretismo VILLAR PALASI Y VILLAR EZCURRA (3):

a) Por una parte, obedece al antiguo privilegio de inembargabilidad de los bienes del Fisco, cuyo reflejo ac -- tual está en el artículo 44 L.G.P.:

"Los Tribunales, Jueces y Autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos y bienes en general de la Hacienda Pública".

b) De otro lado, al operar como presupuesto de dicho privilegio la necesidad de que la fase de ejecución de las sentencias contencioso-administrativas corresponda, a tenor del artículo 103 L.J.C.A., al órgano que hubiera dictado el acto o la disposición objeto del recurso; es decir, la propia Administración, no estamos sino ante una reminiscencia en el actual Derecho de la configuración revolucionaria de dicha jurisdicción como retenida en la Administración.

Este planteamiento contrasta con el que se contiene en la vigente Constitución, tanto en el aludido artículo 117.3 como en el 118:

"Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto".

VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA proceden a interpretar ambos preceptos constitucionales, con el propósito de demostrar que la L.J.C.A. no se opone a los mismos. Opinan que la dicción del artículo 117.3 ("haciendo ejecutar lo juzga -

do"), no implica que deban ser, por necesidad, los propios -
Tribunales quienes hayan de llevar a cabo la ejecución de -
las sentencias. Además, según los autores citados, el artículo
118 permite la cabida de una ejecución que corresponda a
un poder diferente del judicial (4).

Aunque yo no pueda estar ni siquiera medianamente
de acuerdo con lo que acabo de transcribir, conforme demostr-
traré en la crítica a esta argumentación, no sería tampoco -
justo dejar de partir una lanza en favor de los autores citados
porque, aún cuando seguramente no han encontrado la argumen-
tación adecuada, es cierto que un sector doctrinal -acaso
con demasiada alegría- ha dado por derogada la integridad --
del artículo 105.2 L.J.C.A., y hasta ahí tampoco yo llego.

Esta última afirmación, que tendrá que esperar al
siguiente epígrafe para ser adecuadamente demostrada, no debe
impedirme exponer las carencias de la argumentación de -
los profesores VILLAR, máxime cuando entiendo que el artículo
105.2.4^a, sí está derogado.

Cuando se dice "haciendo ejecutar lo juzgado", no
tiene por qué estarse significando la posibilidad de admitir
una intervención administrativa en la materia. De hecho, su
alcance lógico no parece sobrepasar la orden de ejecutar mater-
ialmente, que da el Magistrado o Juez correspondiente al
personal jurisdiccional no jurisdicente encargado de tales
operaciones. En tal sentido, el tenor del artículo 117.3 C.E.

se encuentra casi literalmente recogido en algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tales como su artículo - 1.598, en el que, con alusión a las sentencias de desahucio, se puede leer: "la providencia mandando la ejecución de la - sentencia (...)". Véanse si no, otros artículos de la L.E.C. que, como los 958 y 945 en relación con el 946, contienen ex - presiones semejantes.

Con este discurso creo haber dejado claro que la - dicción del artículo 117.3 del Texto Fundamental no da inelu - diblemente entrada a la ejecución administrativa de senten - cías.

Por lo demás, en el artículo 118 de la Constitu -- ción, no existe el más mínimo espíritu permisivo de tal he - cho. Por el contrario, contempla una obligación general de - cumplir las sentencias (la cual, sin duda, alcanza también a la Administración) y otra de colaborar con los Juzgados y - Tribunales.

Es, por consiguiente, de conclusión obligada, admi - tir que la potestad exclusiva de los órganos que integran el Poder Judicial en cuanto a hacer ejecutar lo juzgado, es im - peditiva de cualquier obstaculización de la misma por parte de la Administración, y aún el criterio apuntado queda refor - zado por el deber genérico de colaboración que impone el ar - tículo 118. Ello no impide que la Administración pueda ejecu - tar sentencias contencioso-administrativas, pero su papel en la materia no puede ser otro que el de mero agente de la au - toridad judicial. En el fondo, la Administración actuaría co

mo una prolongación accidental de la maquinaria judicial y -
plenamente a su servicio.

Por si fuera poco, las dos grandes raíces históricas que condujeron a que la Administración ejecutara o no -
las sentencias contencioso-administrativas, están hoy en claro declive.

De una parte, los bienes dinerarios del Fisco, en los cuales puede traducirse cualquier condena patrimonial de la Administración, vía responsabilidad, no requieren hoy en día la intensísima protección que les atribuye al artículo -
44 L.G.P., dado que en cualquier momento puede tener la Administración disponibilidades líquidas, dentro de los límites marcados por las leyes anuales de presupuestos, a través de las operaciones de Tesorería. Es decir, la paralización de -
la necesaria continuidad en la prestación de los servicios públicos, por causa de quebrantos patrimoniales súbitos del Tesoro, no es una situación a la que se pueda llegar por la mera ejecución de una sentencia contencioso-administrativa.

No existen siquiera razones graves de hecho impeditivas de que nuestras leyes se adecúen a la Constitución, en el sentido de no prohibir el embargo judicial de las disponibilidades líquidas del Tesoro, o de aquellos bienes de titularidad administrativa que no estuvieran destinados a satisfacer un interés público relevante.

Por demás, en la práctica no hay tampoco problemas de índole procesal que impidan hacer efectivo el embargo de

bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas: la -- existencia del registro administrativo previsto en el artículo 6 L.P.E., permite cumplir con facilidad el requisito del señalamiento de bienes.

En cuanto al otro fundamento histórico, que tiene relación con el origen, retenido en la Administración, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es casi ocioso de de - cir que ya no es válido en la actualidad, pues desaparecidas por entero las razones políticas que imponían en el periodo inmediatamente posterior a las revoluciones liberales continentales, la necesidad de una Administración que fuese juez de los asuntos propios, ya no queda sino cerrar por entero y de forma definitiva, el ciclo de judicialización de dicha ju risdicción, sin que quede reminiscencia alguna de su interesado origen administrativo.

No es mi deseo cerrar el actual epígrafe sin aportar dos nuevas ideas. La primera de ellas habrá sido captada, entre líneas, por el lector atento. No es otra que la alusiva al mantenimiento en nuestro régimen constitucional de la inembargabilidad del dominio público. La otra consiste en ex presar mi criterio sobre la vía oportuna a seguir para obtener la ejecución de una sentencia contra la Administración - cuando ésta intenta impedirlo.

En lo que toca a la vigencia actual de la inembargabilidad demanial, lo dispuesto en el artículo 117.3 de la ley de leyes se ve excepcionado en el plano de lo jurídico -

por criterios de Derecho Constitucional positivo, que no hacen sino responder a un razonamiento lógico y de sentido común.

Existe en la Carta Magna del Estado una "lex aptior rem gerendae" sobre el, tantas veces escrito, artículo 117.3. Se trata del 132.1, al predicar éste explícitamente de los bienes demaniales y comunales el criterio de inembargabilidad. El único "pero" vendría constituido por bienes formalmente afectados en los que, cesada su utilidad pública, no se hubiese producido, por olvido, indolencia u otras causas, el acto de desafectación; o cuando pudiese ser demostrada la existencia de bienes cuya afectación se hubiese producido en fraude de ley, o de lo que es lo mismo, afectarlos sin servir de hecho a utilidad pública alguna con la única pretensión de eludir la aplicación del artículo 117.3 de la Constitución, al hacer formalmente aplicable al caso el citado artículo 132.1, y evitar así una ejecución judicial de los mismos.

El fraude de ley apuntado, dada su procedencia administrativa, encerraría ineludiblemente una desviación de poder que viciaría de anulabilidad a toda afectación producida en los términos descritos.

Con base en argumentaciones lógicas y de sentido común, el embargo del dominio público sería, sin ningún género de dudas, un acto atentatorio contra el interés general, a veces en grado de barbarie, por cuanto podría dar lugar a una intolerable interrupción de la continuidad en la presta-

ción de servicios públicos fundamentales. En el caso de los bienes demaniales, lo importante no es la cosa en sí misma - considerada, sino la función de utilidad pública que se realiza a través de un bien que opera como instrumento medial - imprescindible. Es dicha función la que justifica el singular e intensísimo régimen protector del dominio público, cuyas notas fundamentales requieren ser las propias de la ex - tracomercialidad.

La última cuestión en la que resta entrar es la relativa a los instrumentos jurídicos a emplear para obtener la ejecución de una sentencia contra la Administración. Mi criterio es que no queda otro recurso -aparte del consistente en desempolvar, una vez más, la vieja Ley de Conflictos - Jurisdiccionales, de 17 de julio de 1948, que otorga la última palabra al Jefe del Estado, previo dictamen del Consejo - de Estado, y que en este sentido resulta plenamente armónica con la Constitución (artículo 56.1), al constituir una plasmación concreta de la potestad Regia de "*arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones*".

La vía ante el Tribunal Constitucional está cerrada por cuanto éste no podría conocer de otro conflicto que - el planteado entre el Gobierno y el Consejo General del Po - der Judicial (que no es el caso), ni tampoco aceptar a trámite un recurso de amparo, puesto que la propiedad no se en -- cuentra entre los derechos que pueden ser objeto de dicha - protección.

Todo eso nos lleva a destacar el papel, a buen se

guro de hecho determinante, que tendría que desempeñar el -
Consejo de Estado, el cual, pese a seguir siendo un órgano -
de la Administración, ha sido desvinculado orgánicamente del
Ministerio de la Presidencia por su ley orgánica reguladora
de 22 de abril de 1980. Esta mayor independencia pudiera y -
debiera facilitar que el Alto Órgano Consultivo adoptase, -
llegado el caso, la progresiva doctrina legal que la cues --
tión requiere.

3.2. En algunos supuestos, la suspensión o inejecución administrativa de sentencias, puede no ser contraria a la Constitución

Ya mencioné en el anterior epígrafe la excesiva precipitación con la que un sector doctrinal consideró derogado por la ley soberana, el artículo 105.2 L.J.C.A., en su integridad. También dije que VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA acertaron al enfriar tan tempranos ímpetus; pero no tuvieron la fortuna de dar con los argumentos adecuados y, desde luego, se pasaron de celo al dar por vigente el número 4º del artículo 105.2 L.J.C.A.

Realmente la filosofía que inspira dicho artículo choca con los 117.3 y 118 de la Constitución; pero, conforme fue ya insinuado, puede ser que existan otros artículos de la ley de leyes que sean "lex aptior rem gerendae" con relación a los preceptos que se citan, encuadrados en el Título VI, relativo al "Poder Judicial".

La consideración de mayor aptitud para regular determinada materia, cuando varias normas constitucionales, que constituyen distintas regulaciones posibles, son contradictorias entre sí, ha sido establecida por el Tribunal Constitucional en varias sentencias, a partir de la primigenia, de 13 de febrero de 1981, la cual consideró que, en materia de centros escolares, el principio de libertad de enseñanza ha de prevalecer sobre el de libertad de empresa.

En el supuesto que nos ocupa y de la misma forma que se excepcionaba al dominio público, por virtud del artículo 132 de la Constitución, de la embargabilidad que cabe predicar, en general, de los bienes del Estado, en base a sus artículos 117.3 y 118; tenemos que es preciso analizar cada una de las causas que permiten la suspensión o inejecución administrativa de sentencias, para saber si existe alguna norma constitucional que deba prevalecer sobre el criterio, en principio negativo, que se deduce de los artículos 117.3 y 118. Los supuestos a considerar son: "peligro de transtorno grave del orden público", "temor fundado de guerra con otra potencia" y "quebranto en la integridad del territorio nacional".

De entrada, la presumible existencia de alteraciones graves del orden público por causa del cumplimiento de una sentencia contencioso-administrativa, no es razón que pueda justificar un aplazamiento en el cumplimiento de ésta o su incumplimiento. Esta clase de problemas únicamente auto

rizan a prohibir manifestaciones (artículo 21.2 de la Constitución).

Otra cosa sucede en los dos temas que restan por considerar.

Cuando la ejecución de una sentencia contencioso-administrativa pudiese dar lugar a una guerra, el ejercicio por el Poder Judicial de sus potestades propias, podría originar, de hecho, una interferencia con la Potestad que tiene el Rey, previa autorización de las Cortes Generales, para declarar la guerra.

Un razonamiento parecido procede en relación con el caso que apunta hacia posibles quebrantos en la integridad del territorio nacional, puesto que uno de los principios, con mayor fuerza expresados en la ley soberana, es el que se contiene en su artículo 2: "La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española (...)". La defensa de nuestra integridad territorial, la encomienda el artículo 8 del Texto Fundamental a las Fuerzas Armadas, cuyo mando supremo (debería entenderse que como oficial de más alta graduación) corresponde al Rey, según su artículo 62.h), que en este caso estaría sujeto al Gobierno, pues éste "*dirige (...) la Administración (...) militar y la defensa del Estado (...) de acuerdo con la Constitución y las leyes*" (artículo 97). Por lo tanto, la voluntad de las Cortes Generales expresada como ley (que ha de ser orgánica () según el artículo 8.2), se sitúa todavía por

encima de la del Gobierno.

En este último caso (posibles quebrantos en la integridad del territorio nacional), al estar la salvaguardia de ésta configurada conforme se ha visto, no parece que pueda haber obstáculo a la admisión de la posibilidad constitucional de que el Gobierno, investido de potestad por la ley, pueda suspender o inejecutar una sentencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En cambio, en el primer caso (peligro de guerra), no sería lógico que la potestad de suspensión o inejecución pudiera corresponder a un órgano distinto del competente para declarar la guerra y hacer la paz. De ahí que únicamente podría estar en manos del Rey, autorizado por las Cortes Generales, la posibilidad mencionada.

No parece probable que una cuestión de este tipo tenga posibilidades reales de ser planteada, más entiendo que la doctrina jurídica puede escribir legítimamente sobre cuestiones de este tipo si le vienen inducidas por problemas de otra índole, como es el supuesto. En todo caso, la cuestión tiene un indudable interés teórico que no se agota en este punto.

Habría que preguntarse también si tales actos suspensivos o de inejecución de sentencias contencioso-administrativas serían susceptibles de algún tipo de recurso, independientemente de la responsabilidad patrimonial estatal que, a raíz de los mismos, se derivase.

En el caso de la suspensión o inejecución Regia por razón de peligro de guerra, evidentemente, la ley de conflictos jurisdiccionales no sería aplicable, al erigir al Jefe del Estado en juez y parte. Por otra parte, tampoco creo que pudiera pronunciarse el Tribunal Constitucional, tanto por no estar el tema previsto en su ley orgánica reguladora, como por cuanto del artículo 63.3 se deduce que la potestad de declarar la guerra (y, por lo tanto, de intentar evitar que ésta se produzca), es discrecional.

Conforme ya señalé con anterioridad, una normación acabada del equilibrio constitucional de poderes, debiera prever la posibilidad de un hipotético conflicto entre todos los Altos Organos Constitucionales del Estado, sin excepciones. Es más, y esto lo remarco ahora, nada se opondría a que el Tribunal Constitucional tuviese jurisdicción para conocer sobre cuestiones surgidas entre Organos Constitucionales y otros que no tuviesen este carácter (léase, como ejemplo, Jefatura del Estado y Tribunal Supremo), puesto que el artículo 161.1.d) de la ley soberana deja abiertas muchas posibilidades a las leyes orgánicas para dotar a nuestra Corte Constitucional de nuevas competencias. De todos modos, en el supuesto ahora considerado, la casi ilimitada discrecionalidad que la materia presenta impediría que el Alto Tribunal pudiese entrar en el fondo del asunto y no está mal, desde la perspectiva de un óptimo equilibrio constitucional de poderes que así sea, puesto que no deja de

ser lógico que las Cortes Generales, como órgano directamente representativo de la voluntad popular, tengan a veces la última palabra (que en el presente caso viene determinada por su potestad autorizatoria) en los asuntos de Estado.

Cosa distinta sucedería en el caso de suspensión o inejecución de una sentencia contencioso-administrativa por razones de peligro en la integridad del territorio nacional. Si ello se plantease, la decisión del Gobierno podría dar lugar a que el Tribunal Supremo decidiera llevar adelante un conflicto jurisdiccional, con lo que la decisión de última instancia correspondería al Jefe del Estado.

No se agota todavía aquí la tan interesante como hipotética problemática que me he visto en la necesidad de abrir, puesto que en temas como los considerados y otros que tuvieran detrás una importancia constitucional suficiente, podrían surgir conflictos entre órganos jurisdiccentes distintos de la jurisdicción contencioso-administrativa y los poderes del Estado ya referidos. De hecho, sentencias que tuvieran su origen en el propio Tribunal Constitucional, el cual, por vía de recurso de Amparo, se pronuncia en última instancia procesal interna sobre gran variedad de cuestiones de las que también entiende el Poder Judicial ordinario.

Sin duda alguna, por este camino podría ser planteada una interesante problemática en la que renuncio a entrar, porque ello sería tanto como abundar en la insistencia

sobre cuestiones acaso demasiado hipotéticas y poco probables. En todo caso, las líneas directrices para abordar su resolución han sido suficientemente señaladas en el presente trabajo.

4. LAS POTESTADES NO NORMATIVAS DEL PARLAMENTO: EN ESPECIAL, LAS LEYES-ACTO

4.1. Ideas generales

De conformidad con el planteamiento seguido hasta el momento, el Parlamento tiene la principal de las potestades soberanas: la legislativa. Esto es tanto como decir que la Constitución encomienda al órgano que es expresión directa de la voluntad popular, la definición (a través de la ley) de lo que se entiende en cada momento y en relación con distintas cuestiones, como "interés general". O sea, que la -- principal función del Parlamento es delimitar, en el marco -- de la Constitución, los grandes fines del Estado, cuya ejecución y supervisión de cumplimiento por los particulares, correrá a cargo de la Administración o de los Tribunales, según los casos.

De todas formas, aunque la división de poderes tiene, hasta cierto punto, relación con un reparto funcional -- del trabajo en el seno del Estado, tampoco se puede decir -- que exista una correspondencia estricta entre el poder que -- se es y la función que se desempeña: la Administración del -- Estado dicta normas de carácter reglamentario y juzga en el caso de los recursos administrativos. El poder judicial administra, cuando actúa como jurisdicción voluntaria, y legisla de forma negativa cuando decide sobre la inconstitucionalidad de las leyes (el tema es muy claro en los países anglosa

jones y menos en los continentales, debido a la existencia - de Tribunales Constitucionales). El Parlamento administra, - por ejemplo, cuando alguna ley de él emanada es un acto concreto y no una norma general, e incluso juzga en algunos países a altos cargos del Poder Ejecutivo ("impeachment").

Pues bien, es lógica la ordinaria supremacía del - Parlamento, como Poder Legislativo, frente a los demás Organos y Poderes del Estado, puesto que el primero precisa los grandes fines colectivos, y los otros han de velar por su - realización práctica; sin embargo, cuando el Parlamento no - actúa como Poder Legislativo, cuando no dicta normas de carácter general, sería un error mantener doctrinalmente que - nada ha variado y seguir predicando idéntica superioridad de potestad; pero su sustancia normal de Poder Legislativo hace que exista una inercia doctrinal en considerarlo siempre como poder preponderante, inercia que en la presente tesis voy a intentar contribuir a desterrar.

Ya en el comentario que realicé, juntamente con el profesor VILLAR PALASI, al artículo 9 de la Constitución, ambos tratábamos de explicar que las potestades del Parlamento no se agotaban en su función legislativa, sino que era posible que éste recabara para sí (por atracción) materias que, como tales, serían más bien "administrativas", y se citó, - con base legal en el hoy derogado Reglamento provisional del Congreso de los Diputados, de 17 de octubre de 1977, el tema de las "proposiciones no de ley" y de las "comisiones de encuesta". Como ya he dicho otras veces en el desarrollo de

la presente tesis doctoral, no se trata de volver a incidir aquí en cuestiones sobre las que ya escribí con anterioridad (6). Mi propósito es ampliar lo entonces apuntado, y que ha recibido confirmación en el vigente Reglamento del Congreso, de 24 de febrero de 1982, así como en el del Senado, de 26 - de mayo del mismo año, con el tema de las leyes-acto, el cual encierra un interés mucho mayor para el iuspublicista, dadas sus posibles repercusiones prácticas.

4.2. El origen político de la cuestión en el marco del Derecho Presupuestario

Con el anterior análisis, soy consciente de que no "descubro" nada nuevo, puesto que tal problemática fue planteada a raíz de la discusión sobre la naturaleza jurídica de las leyes anuales de presupuestos. Unicamente voy a intentar aportar dos matices que considero de suma importancia. El - primero de ellos consiste en ver la cuestión única y exclusivamente a partir del Derecho, con la intención de no dejarme guiar por criterios políticos, tal como sucedió en los orígenes de la teoría de las leyes-acto. En cuanto al segundo, -- estriba en estudiar el tema a la luz de la Constitución Española de 1978.

Acaso la entrada inicial en materia haya de pasar por un breve recordatorio de la consideración de las leyes - de presupuestos como leyes en sentido formal y no en sentido material.

Estamos ante una cuestión que, en relación con el Derecho Financiero, ha recabado un cierto interés por parte de nuestra doctrina. Entre otros, la han estudiado VILLAR PALASI (7), RODRIGUEZ BEREIJO (8), GARCIA AÑOVEROS (9), y FERREIRO (10).

El planteamiento que formuló LABAND en 1871, con base en algunas ideas desarrolladas por VON STOCKMAR, puede ser sintetizado como sigue:

La ley específica de cada ejercicio presupuestario, por más que desde un punto de vista formal fuese una tal ley, no lo sería, sin embargo, según LABAND, desde la perspectiva material, al no contener reglas jurídicas propiamente dichas. Encerraría un mero programa de gestión para la Administración del Estado.

Esta doctrina tuvo bastantes seguidores en los países germanos (OTTO MAYER y GEORG JELLINEK, entre otros), a su vez en Francia, donde la adoptaron los autores más significativos de la escuela de Burdeos, o en Italia, gracias a su introducción por ORLANDO y RANELETTI. Menos influencia ha tenido en España, por más que se haya recibido también.

En aquellos países en los que la teoría ha tenido una cierta raigambre, los diversos tratadistas no han estado plenamente de acuerdo sobre la naturaleza material de la ley en sentido formal de presupuestos. Aparte de lo expuesto por LABAND, se ha considerado otras veces su carácter de instrucción a los funcionarios encargados de ejecutar el presupe-

to, o incluso se la ha entendido como una ley destinada a -
 "poner en marcha" leyes preexistentes.

Independientemente de las soluciones jurídicas dadas, lo que ha sido importante en realidad es el trasfondo -
 político del tema, que fue expuesto por DE CASTRO (11) con -
 meridiana claridad:

"El valor práctico de tales afirmaciones estaba en que, si se separaba del concepto de leyes en sentido material a todas las que no creaban de modo inmediato derechos y obligaciones para los ciudadanos y se delimitaba el Poder legislativo, haciéndolo competente sólo para la legislación en sentido material, se obtenía la consecuencia importantísima de que no correspondía al Poder legislativo (Parlamento), sino que era atribución exclusiva del Poder ejecutivo (el monarca) el dictar las disposiciones relativas a la organización del Estado y, en especial, lo que era objeto del debate político, la confección del Presupuesto del Estado".

Lejos estoy yo de afirmar, ni siquiera de pensar, que la división conceptual de funciones del Estado haya de -
 tener una correlación exacta con la separación orgánica de -
 poderes. Es más, incluso si se acepta la distinción entre le
yes en sentido material y en sentido formal, tiendo a con --
 cluir que la ley de Presupuestos Generales del Estado lo es

en sentido material, porque tiene una auténtica sustancia -- normativa. La explicación es bien simple, si se desarrolla -- un razonamiento de VILLAR PALASI. Este autor observa que la inmensa mayoría de nuestras leyes administrativas están "necesitadas de actividad intermedia", porque al ser hoy un dato absolutamente asentado la existencia de una Administra -- ción prestacional de servicios públicos, la ley no puede ser un corolario de buenas intenciones y de garantía del orden -- social, sino que para ser aplicable y eficaz requiere el establecimiento práctico de la organización en ella prevista, de los correspondientes servicios, y que se facilite el dine ro suficiente para financiar los gastos que aquéllos generen. Por lo tanto, las leyes presupuestarias son el "alter ego" -- financiero, que hace posible la eficacia de las leyes admi - nistrativas. Cuando las buenas intenciones de la legislación administrativa no van acompañadas de las oportunas medidas -- legales de índole presupuestaria, las grandes leyes no pasan de ser mera retórica, no son otra cosa que una "media norma" la cual contiene en sí la potencialidad de la validez, pero que está muy lejos de la realidad de la eficacia.

En el fondo pues, la única norma, aquélla que reune en plenitud los caracteres de validez y eficacia, se ob - tiene a través de la conjunción armónica entre la ley admi - nistrativa y la presupuestaria. Se trata de un todo normativo compuesto por dos piezas; la administrativa, que justifica la partida presupuestaria correspondiente, y la financie - ra, encargada de hacer realidad lo dispuesto en la ley admi -

nistrativa. Para todo aquél que conozca los planteamientos - en los que se sustente la teoría del grupo normativo, del -- profesor VILLAR PALASI, no resultará extraño cuanto estoy diciendo, porque será, sin duda, consciente de que la norma no es siempre un artículo, un apartado de éstos, o una ley entera de determinada fecha; antes bien, la norma es algo a localizar por el jurista en el ordenamiento jurídico global, para resolver un caso concreto y este "algo" suele tener que - ser construido, puesto que ordinariamente se encuentra fisionado (o, lo que es lo mismo, disgregado) en varias disposi-ciones. A esta construcción por el operador jurídico es a lo que VILLAR PALASI denomina fusión de los elementos normati-vos.

He entrado -acaso un tanto al margen de mi inten-ción primigenia- en la polémica relativa a la naturaleza ju-rídica de las leyes presupuestarias y, por lo tanto, espero haber dado con el razonamiento que buscaban aquéllos que han afirmado certeramente (entre ellos se encuentra la unaními-dad de la doctrina española), que las leyes presupuestarias no tienen una naturaleza distinta de las demás. Ahora bien, no hay que perder de vista el carácter ejemplificativo e in-troductorio de dicha cuestión. Independientemente de que yo piense que una ley de presupuestos lo es tanto en sentido material como formal, es decir, que se trata de una auténtica norma, lo cierto es que no conocía mejor manera de abrir el planteamiento que versa sobre la posible existencia de auténticos actos del Parlamento, arropados bajo la usual forma de la ley.

Por lo tanto, a pesar de haber contribuido a desbaratar la atribución de tal carácter a las leyes anuales presupuestarias, no discuto (muy por el contrario, afirmo) que el Parlamento puede elaborar auténticas leyes-acto. Es incluso lógico que si la Administración, a través de los reglamentos, tiene potestad legislativa material, debido a criterios de eficacia y de oportunidad, también el Parlamento, por idéntico razonamiento y criterios, debe poder, llegado el caso, administrar. Es más, si un determinado ordenamiento constitucional así lo dispusiera, no sería yo quien objetara la posible prevalencia de una ley-acto sobre una ley-norma como hecho jurídico-formal. Sin embargo, esto no es así en el Derecho Constitucional actual de España, a raíz del giro copernicano, con auténtica transmutación de principio, que ha dado a nuestro ordenamiento jurídico la Constitución de 1978.

¿Cuáles son mis razones? Muy simple: no puede deducirse otra cosa del artículo 9 de la ley soberana (apartados 1º y 3º), conforme veremos acto seguido.

4.3. La configuración de las leyes-acto en nuestro ordenamiento constitucional, a partir del conceptualismo jurídico

En relación con el artículo 9.1 de la ley de leyes reconozco, sin contrariedad y con el lógico placer de quien progresa en su formación, que erré cuando escribí en el ya -

citado comentario, que la sujeción de todos los poderes pú -
blicos a la ley y al resto del ordenamiento jurídico, eviden -
temente no podía comportar la sujeción del Parlamento a la -
ley, puesto que éste sólo debía estar vinculado por la Cons -
titución.

Mi equivocación obedecía a la facilidad con que -
las Cortes Generales pueden derogar una ley-norma; pero no -
fui capaz de percibir otros temas muy palmarios, como la ne -
cesaria sujeción de lo ordenado a lo ordenador (y, por lo -
tanto, de las leyes-acto a las leyes-norma), la vinculación
por el Parlamento a las leyes-norma que por sí solo puede -
cambiar, hasta tanto no las derogue o sustituya por otras; e
incluso la existencia de leyes cuya modificación no está por
entero en la potestad de las Cortes (léase, por ejemplo, Es -
tatutos de Autonomía).

De lo expuesto, interesa ahora entrar más a fondo
en los argumentos que me conducen a considerar como constitu -
cionalmente necesaria, la sujeción de las leyes-acto a las -
leyes-norma.

Básicamente se trata de traer a colación lo dispues -
to en el artículo 9.3, que constitucionaliza, por obra del -
entonces Senador MARTIN-RETORTILLO, el que GARCIA DE ENTERRIA
había denominado principio de "interdicción de la arbitrarie -
dad", que ahora se predica de todos los poderes públicos.

Hasta las postrimerías del año 1978, este princi -
pio había tenido exclusiva entrada en nuestro Derecho, con -

referencia a la Administración, porque no podía extenderse - más allá el alcance del artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en el que plasmaba.

El viejo principio medieval, universalizado sólo a partir de la Revolución Francesa (de hecho, BODINO (12) no lo compartía), según el cual "legem patere quam fecisti", - quedaba reducido al campo de lo puramente administrativo, en su formulación como "inderogabilidad singular de los regla - mentos". Por consiguiente, en el contexto del régimen de las Leyes Fundamentales, no existía la posibilidad de invocar la prevalencia de la ley-norma sobre la ley-acto, porque no existía un amparo constitucional para hacerlo.

Hoy el tema es muy otro. Desde el momento en que - la Constitución de 1978 ha asumido el principio de interdicción de la arbitrariedad, como aplicable a todos los poderes públicos, está consagrando implícita, pero decididamente, el criterio de generalidad, como característica "sine qua non" de toda ley que pretenda ser norma.

Esta alusión a la necesaria generalidad de las leyes no es ociosa ... y curiosamente a veces no ha sido bien comprendida. De la misma manera que es frecuente en la doctrina la confusión de la dualidad "ley en sentido material - ley en sentido formal" con el binomio "ley material - ley -- formal" (que son cosas distintas), también se mezcla a menudo la idea de "generalidad" que debe contener en sí toda - ley-norma, incluso cuando es especial, con la contraposición

entre ésta y la ley general. Me explico:

Desde la Revolución Francesa está claro que para -
evitar la arbitrariedad del poder y hacer posible la igual -
dad de los ciudadanos ante la ley, extremo que perdura en el
artículo 14 de la Constitución Española, había que denunciar
al privilegio como algo a extinguir del mundo de lo jurídico,
al no ser aceptables a la luz de los principios de la Ilus -
tración las múltiples leyes y estatutos peculiares de perso -
nas, entidades y lugares. A partir de entonces, una ley es -
norma porque de ella es predicable la "generalidad", o lo -
que es lo mismo, por ser aplicable tantas veces cuantas se -
produzca el supuesto de hecho en ella contemplado. Si se tie -
ne clara esta idea, una ley-acto; es decir, un acto no norma -
tivo del Parlamento, se agotaría en sí mismo por no ser orde -
namiento, sino una concreción de éste en lo particular. Por
lo tanto, la "generalidad" o posibilidad de revitalización -
indefinida en lo concreto que tiene la ley-norma, nada tie -
ne que ver con la ley general, como concepto contrapuesto al
de ley especial. La dicotomía ley general-ley especial es -
una cuestión a enfocar de forma relativista: una ley es ge -
neral cuando su supuesto de hecho tiene mayor amplitud que -
el previsto en otra, que será especial por referencia a la -
primera, y viceversa. Dicho de otro modo: el supuesto de he -
cho contemplado en una ley especial es un subconjunto del -
que se regula en una ley general, lo cual no obsta para que
esta ley calificada como general sea, a su vez, especial en
relación con otra cuyo ámbito de aplicación sea todavía más

amplio. A no dudar, un ejemplo podrá ser bastante ilustrativo: la Ley de Asociaciones, 191/1964, de 24 de diciembre, es especial con respecto a la ley que regula el mayor espectro posible de personas jurídicas (artículos 35 a 39 del Código Civil), y general si se la relaciona con la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, reguladora de los Partidos Políticos.

En resumidas cuentas: de toda ley-norma es predicable la característica de "generalidad", precisamente por serlo, e independientemente de que se la considere general o especial, al atender a la extensión de su supuesto de hecho en relación con el de otras normas. En buena y sencilla lógica, una ley-acto es algo distinto de la ley-norma, porque no tiene la nota de "generalidad" inherente a ésta.

Tengo plena consciencia de que casi me he limitado a poner al día a ROUSSEAU (13) y espero haber aportado mi - granito de arena en cuanto a desempolvar y delimitar una de las ideas realistas y prácticas, porque brillantes siempre - lo fueron, del ginebrino. Por el contrario, no me queda otra solución más que manifestarme contrario al criterio seguido en el análisis de estas materias por un sector de la más cualificada doctrina española, cual es el caso de CASTRO y de - LEGAZ LACAMBRA (14), no tanto porque en sus textos se contuviera error, sino por cuanto sus ideas y conclusiones al respecto, seguramente se debieron a que la magna obra de ambos profesores se desarrolló en coordenadas bastante distintas a - las actuales. Por esta causa, sus doctrinas no pueden ser - trasladadas "qua talis" a la actual configuración del Estado

y del Derecho en España. Bien es cierto, en el caso del profesor LEGAZ, que su confesada admiración por KELSEN y consiguiente influencia, son poco aptas para distinguir conceptos como norma y acto, unificados en el primero por el austríaco.

A partir de lo expuesto, creo estar en condiciones de entrar en el último paso.

4.4. Ejemplos y consecuencias de la distinción en el Derecho subconstitucional positivo español

La existencia de leyes-acto en nuestro ordenamiento jurídico es patente. Para la dación de varios ejemplos -- basta con ceñirse a lo dispuesto en algunas de las leyes administrativas básicas (en el sentido de estructurales) del Derecho patrio.

En este sentido, la Ley del Patrimonio del Estado, artículo 62, señala que *"los bienes valorados en más de veinte millones de pesetas, sólo podrán enajenarse mediante ley"*.

La Ley de Expropiación Forzosa, en el Capítulo primero de su Título II, prevé varios supuestos en los que la declaración de utilidad pública ha de realizarse mediante ley.

Pues bien, si no se deroga el artículo 62 de la Ley del Patrimonio del Estado por otra ley-norma, una ley-acto de enajenación de un bien que valiera 4'5 millones de pesetas, no sería admisible en nuestro ordenamiento, porque el

Parlamento estaría avocando, a través de un acto concreto y de manera improcedente, por arbitraria, la competencia que, en su día, tuvo a bien otorgarle al Ministerio de Hacienda, a través de una ley-norma.

Idéntico razonamiento puede ser íntegramente trasladado a los temas de expropiación forzosa. La declaración de utilidad pública en una expropiación urbanística está implícita, según el artículo 64 de la Ley del Suelo, en la aprobación de los planes generales y de los polígonos de expropiación. Según lo dicho, el Parlamento actuaría al margen de la Constitución y de sus potestades propias si, mediante una ley-acto, recabara para sí, en un caso concreto, la ordinaria competencia municipal en la materia.

Ha pretendido dar ejemplos inocentes de carácter ilustrativo para evitar entrar en aquel ámbito donde de verdad se suscita el tema, que es el político, a los efectos de que no se malinterprete lo que he construido desde el Derecho y para el Derecho.

La última observación que me resta por hacer es incluso más "arriesgada", en el sentido de "poco convencional", que las anteriores.

Entiendo que una ley-acto no puede contravenir ni siquiera a una disposición reglamentaria válida, porque si se admite que un acto (cualquiera que sea el origen de éste) puede prevalecer sobre una norma, habría que aceptar automáticamente que pueden existir actos al margen del ordenamien-

to jurídico, lo cual es incompatible con la esencia misma de cualquier Estado de Derecho. Además, lo que acabo de afirmar no puede inducir a escándalo, porque a otro nivel, la aplicación del artículo 30 L.R.J.A.E., origina una situación parecida, cuando una orden ministerial que sea norma no puede - ser contravenida por una resolución concreta del Gobierno expresada mediante decreto. En cualquier caso, el Parlamento, en virtud del principio (también constitucionalizado en el - artículo 9.3) de jerarquía normativa, siempre tiene potestad para dictar una ley-norma que modifique o derogue a la co -- rrespondiente disposición administrativa y actuar luego en - consecuencia.

NOTAS AL CAPITULO 4

- (1) GARCIA DE ENTERRIA: E.: "La Constitución como Norma Jurídica", en la obra colectiva "La Constitución Española de 1978", Ed. Civitas, Madrid, 1980, pp. 101-109.
- (2) El razonamiento completo de HAMILTON es el siguiente:
 "Por Constitución limitada entiendo la que contiene --- ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes ex post facto y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución (...). No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido (...).
 Sin embargo, por lo que hace a los actos incompatibles de una autoridad superior y otra subordinada, de un poder original y otro derivado, la naturaleza de las cosas y la razón indican que se debe seguir la regla inversa. Nos enseñan que el primer acto de un superior debe ser preferido al acto subsecuente de una autoridad inferior y subordinada, y que consiguientemente, siempre que determinada ley contravenga la Constitución, los tribunales tendrán el deber de apegarse a la segunda y hacer caso omiso de la primera".
 Vid. HAMILTON, MADISON y JAY: "El Federalista", 2a. edición, Ed. FCE, México, 1957, pp. 331-333.
- (3) VILLAR PALASI, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L.: "Principios de Derecho Administrativo", Tomo II, Ed. Facultad de Derecho U. Complutense, Madrid, 1982, pp. 351 y ss.
- (4) VILLAR PALASI, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L.: Op.cit., p. 353.
- (5) Se trata de la ley orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización militar.
- (6) VILLAR PALASI, J.L. y SUNE LLINAS, E.: "Comentario al artículo 9º de la Constitución", en la obra colectiva "La Constitución Española de 1978", Ed. EDESA, Madrid, 1983, pp. 306 y ss.

question. Es, con toda probabilidad, un razonamiento en idéntico sentido el que justifica la exclusión de la intervención del Senado.

En apoyo de mi afirmación acerca de la desconfianza constitucional al respecto de los estados excepcionales en general, merecen ser citados los apartados 5 y 6 del artículo 116, que obligan a no interrumpir el funcionamiento de ninguno de los poderes del Estado. Es más, habría de producirse una convocatoria automática de las Cámaras si no estuviesen en período de sesiones, o una asunción integral por la Diputación Permanente de las competencias del Congreso de los Diputados, en los supuestos de que hubiera expirado el mandato de éste o estuviese disuelto. Durante los estados reñidos (entre los que habría de ser incluido el de alarma), tampoco se modifica la responsabilidad del Gobierno y sus agentes.

La relación con el decreto de referencia (del que se podría afirmar sin temor al error, que tiene rango y fuerza de ley) con las demás leyes estatales, se basa, primero, en el principio de "distribución competencial", puesto que la potestad de dictarlo es compartida por dos órganos (el Congreso de los Diputados y el Gobierno), y en segundo lugar, en el principio que los profesores VILLAR PALASI y SUNE LLI-NAS hemos denominado de "disjunción" (24), puesto que el decreto ahora considerado tiene un ámbito propio peculiar, reñido exclusivamente al estado de excepción.

Algo parecido sucede cuando se trata de declarar -

CAPITULO V

LA NECESARIA REAPERTURA DE ALGUNOS GRANDES TEMAS
RELACIONADOS CON LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACION

Aún a riesgo de que se me tilde de presuntuoso, me atrevo a decir que desde el concepto de potestad manejado en la presente tesis doctoral, se podría, casi casi, ofrecer - una visión, no sé si nueva o, en cierto modo, diferente de - la parte general del Derecho Administrativo.

Personalmente, por carácter y a causa de haber hecho lema de mi actitud investigadora una máxima de HEGEL (1): *"tened el valor de equivocarse"*, creo encontrarme muy lejos - del vicio de la presuntuosidad. Además, una reconsideración integral de los grandes problemas del Derecho Administrativo es algo que escaparía en demasía del objeto e intenciones de este trabajo, de las mías propias, e incluso del actual estadio de mi vida profesoral, que por ser reciente, no me permite abordar con las máximas garantías el desarrollo de un tema cuyo máximo ingrediente ha de ser la madurez, y ella misma es, en buena medida, un producto de los años.

De ahí que me limite a tomar en consideración un - número reducido de temas, precisamente aquellos que en mayor medida me han llamado la atención por su carácter de problemas-clave que los constituye en auténticamente sugerentes de otras importantes cuestiones. No hay que olvidar tampoco en la selección de los mismos, el tantas veces confesado propósito de centrarme en aquellos puntos cuyo tratamiento, a la luz de mis ideas sobre la potestad, pueda significar una clara aportación, de concepto o de importante matiz, para el De

recho en general y, particularmente, para el Administrativo.

Con eso dicho, ya no queda sino entrar de nuevo en materia, para lo cual seguiré el orden expositivo más frecuente entre los manuales de nuestra disciplina jurídica.

1. LA COMPETENCIA COMO VEHICULO DE LA POTESTAD EN LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

A despecho, por una vez, de la ordenación académica de los temas a tratar, entro por las cuestiones organizativas, en razón de que la Administración como institución -- (2), es un prius lógico con referencia a su Derecho estatutario (3) propio.

1.1. Ideas de fondo

Existen potestades que, siéndolo, son vehículo de otras. Tal es el caso de una de las más importantes: la legislativa que, a su vez, es un instrumento usado con frecuencia por el Parlamento para atribuir potestades a otros poderes y órganos del Estado.

Existen también contenedores de potestades que, viceversa, no tienen dicho carácter. Aquí el supuesto típico de referencia es la competencia, técnica que expresa de forma unitaria el conjunto total de potestades que tiene un determinado órgano administrativo. Sin embargo, las cosas no son tan simples, por cuanto la competencia es un concepto capaz de aglutinar algo más que potestades. Ello exige que después de aportar las ideas que se acaban de mencionar, sin duda impactantes, pero difícilmente aprehensibles, se proceda a un estudio detallado de las mismas.

Para ello es preciso retomar una cadena de razonamientos que es vertebral en la tesis. Si la soberanía es el conjunto total de potestades del Estado y la soberanía normal de éste en lo político, coincide exactamente con su Constitución como norma jurídica, tendremos que la atribución de potestades a las Administraciones Públicas, realizada normalmente a través de la ley, precisa de una concreción singular de los entes y órganos administrativos que se encarguen del ejercicio del poder atribuido. Este reparto de potestad entre Administraciones, e "interna corporis" de cada una de ellas se realiza a través de técnicas de transferencia que, a veces, relacionan entes administrativos (aquí son fundamentales la centralización y la descentralización); en otras ocasiones, hacen lo mismo entre los órganos encuadrados en la misma persona jurídica (concentración y desconcentración, básicamente) y, por último, a veces, como en el caso de la delegación o de la avocación, se opera un trasvase de poder entre titulares de órganos pertenecientes al mismo ente.

Independientemente de que parte de la doctrina (4) haya distinguido entre "funciones o fines", "competencia" y "atribuciones" según que el conjunto unitario de potestades se predique de un ente, órgano, o del titular de éste, respectivamente, lo cierto es que la expresión "competencia", empleada en su sentido más lato y usual, puede englobar los tres conceptos. Dado que para el objeto de este discurso la distinción tan matizada que se acaba de apuntar no reviste la utilidad que puede tener en otros estudios, se va a adop-

tar la significación amplia de "competencia".

Pues bien, la competencia es el vehículo concep -- tual unitario en el que viajan paquetes de potestades, a los efectos de darles un ejercicio diferenciado.

La fundamentalidad de la competencia para una adecuada organización administrativa, que se expresa en lo histórico por su identificación con el oficio público, estriba en dos tipos de razones; de carácter político unas y de índole técnica (más fundamental en este caso) otras.

Desde el punto de vista político, es tan clásico -- como correcto afirmar que la distribución del poder es la mejor salvaguardia de la libertad individual. En sentido amplísimo (y por esta causa, desvirtuado técnicamente), podría decirse que la división de poderes es una técnica de distribución competencial. Así parece corroborarlo la unidad orgánica que, como mínimo, se manifiesta en el Poder Ejecutivo y -- en el Parlamento. El obstáculo aparece en el Poder Judicial, que carece de coherencia orgánica en cuanto poder: cuando se institucionaliza en algo tangible (por ejemplo, el Consejo -- General del Poder Judicial en España) no es para juzgar, sino para autoadministrarse (5); pero como poder está dividido en órganos de imposible reconducción a una unidad integrada de acción, porque el necesario requisito de una estricta jerarquía chocaría abiertamente con la independencia que la función requiere en un Estado de Derecho. De ahí cabe extraer dos consecuencias: el Poder Judicial es "*en quelque façon -- nul*" (6), porque lo que tiene de poder carece de cohesión --

organizativa. Esta sería la primera de ellas. La segunda apunta a que probablemente por la no correspondencia poder-órgano en el caso de la Justicia, no se haya empleado el término "competencia", sino el de "jurisdicción", para aludir a las tareas a desempeñar por los distintos poderes del Estado en relación con los otros.

Sea como fuere, la división del poder es salvaguardia de la libertad y, hasta cierto punto, el principio ha entrado en la organización administrativa, que se basa en la relación entre distintas esferas de competencia. No en vano decía BARTHELEMY (7) que la centralización hace más fuertes a los países, mientras que la descentralización les hace más libres. El mismo criterio está presente en esa Constitución de libertad, que es la Española de 1978, cuando en su artículo 103 obliga a la Administración Pública a actuar conforme al principio de jerarquía (imprescindible para su existencia misma), pero no olvida los de descentralización y desconcentración.

A pesar de todo, la organización de las Administraciones Públicas en ámbitos competenciales es un imperativo técnico que obedece a un mucho más general principio de división del trabajo. Ello hace que la competencia aparezca también en organizaciones propias del Derecho privado. De hecho, es frecuente que se emplee la idea para diferenciar el papel de los distintos órganos de una sociedad capitalista, por ejemplo.

He ahí la cuestión: la competencia es el conjunto

de tareas atribuido por la norma a determinado órgano administrativo; pero no necesariamente todas esas tareas son potestades.

La doble capacidad, pública y privada, de los Entes administrativos, origina que en su competencia puedan entrar auténticas manifestaciones de sus posibilidades de actuación con arreglo al Derecho privado.

Si bien es posible afirmar que toda potestad de la Administración es traducible en términos competenciales, por el contrario, no toda la competencia expresa potestades.

Aparte de algunas ideas, pienso que sugerentes, vertidas en el curso de este epígrafe, no queda en pie conclusión práctica alguna, y quiero anotarlo porque es bueno para evitar el trabajo inútil a los que vienen detrás, que el investigador señale sus vías muertas.

Desarrollé este trabajo siguiendo una intuición que me falló. Pensé que existía una correlación perfecta, al cien por cien, entre potestad y competencia. Esta hipótesis, de demostrarse, aportaría la solidez definitiva al único criterio formal y tangible de distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, que fue el de la competencia específica del órgano, aportado en su día por VILLAR PALASI, como concreción de la idea del giro o tráfico de la Administración, acuñada por GARCIA DE ENTERRIA. Mi razonamiento era: si fuese cierto que la competencia aglutina únicamente potestades, entonces todo contrato -

celebrado por un órgano administrativo en el ejercicio de su competencia, comportaría la presencia de una potestad administrativa y, por esta razón, sería un contrato administrativo. Cuando no existiera competencia específica del órgano sería privado, justamente porque no se ejercitaría potestad alguna.

La realidad es muy otra: al ser la competencia, básicamente, una técnica de división del trabajo administrativo, puede conllevar manifestaciones de la capacidad privada de la Administración, con lo cual no siempre expresa una potestad ni, por lo tanto, avala el antiguo criterio distintivo de VILLAR, que dicho autor, además, ya ha abandonado. He aquí, por lo tanto, una razón adicional, además de la empírica que él precisa (8), para corroborar lo acertado de su conclusión última.

1.2. Las técnicas de transferencia competencial demuestran que la potestad es transmisible y acaso renunciabile

Es un lugar común afirmar que la potestad es inalienable, imprescriptible, intransmisible e irrenunciable. Mucho me temo que, a veces, se exprese en estas notas una demasiado rápida y poco matizada traslación a la potestad del carácter perpetuo de la soberanía, afirmado por BODINO.

De la soberanía como "el" todo de potestades, hay que predicar la perpetuidad para preservar la esencia de po-

der humano que es el Estado, y la soberanía es perpetua, precisamente porque no puede prescribir, ser vendida, transmitida ni renunciada.

La comunicación de esas características a la potestad es, en algunos casos, superflua, porque no sirve siquiera para proteger el poder estatal y, además, podría resultar entorpecedora de una adecuada organización (fundamentalmente administrativa) del Estado. Por fortuna, la doctrina que -- enuncia esas notas de la potestad se queda en la afirmación, que luego no utiliza siempre como principio. Del mismo modo, la expresión de alguna de ellas en la legislación se efectúa con un retorno inmediato al sentido común, a través del señalamiento de las excepciones. Por esta razón y dado que toda potestad administrativa se encierra en la competencia de algún órgano, es perfectamente válida la cita del artículo 4 -- de la Ley de Procedimiento Administrativo:

"La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las leyes".

Las potestades concretas, a diferencia de la soberanía, son siempre inalienables e imprescriptibles, pero por el contrario, pueden ser a veces transmitidas y, según el alcance que se les otorgue a los conceptos, renunciadas.

No se puede enajenar una potestad, porque hacer de

parcelas del poder público ámbito de comercio, equivaldría a la apertura de puertas para retornar a la feudal confusión - entre "dominium" e "imperium". Tampoco puede prescribir ninguna de ellas porque esto sería tanto como afirmar que la dejadez del Estado en la protección del interés general equivale a la legitimación del desamparo de éste. En relación - con esta última idea está la afirmación unánime de que ni el desuso de las potestades conferidas por una norma a la Administración, ni la "toleratio" de conductas a tal precepto contrarias, son requisito suficiente para su abrogación.

En cambio, la potestad es transmisible. Personalmente me veo forzado a suponer que al afirmarse la intransmibilidad por separado de la inalienabilidad, esta primera característica se refiere a todo supuesto de transmisión que no comporte enajenación de titularidad mediante precio; pues de no interpretarse así, ambos conceptos estarían en relación de superflua equivalencia. En cuanto a la renuncia, la cuestión se torna más oscura, por cuanto también aquí uno se encuentra con expresiones no demasiado determinadas. Evidentemente, si dicha renuncia se entiende referida a una potestad, sin que exista la simultánea atribución de ésta a otro ente u órgano, normalmente habría que decantarse por su inadmisibilidad, al tener ineludiblemente toda potestad, conforme ya ha sido afirmado, el carácter de "función" y correspondiente instrumentalidad para un interés público; cabe, sin embargo, que aún en tales condiciones pudiera dicha renuncia tener validez. Me resulta difícil encontrar un ejemplo "interna cor-

poris" de la Administración sobre lo expuesto, pero no tanto en relación con potestades extraadministrativas; así, en aquellos Estados cuya Constitución no prohíbe la pena de muerte y ésta es establecida por ley ordinaria, cuando tal ley se revoca, el Estado, a través de su órgano legislativo, renuncia a la potestad de matar. Ciertamente es que, a pesar de todo, esta potestad persiste como potencia, pues de hecho cabría una nueva ley reinstauradora de la pena de muerte, con lo cual se me puede objetar que el ejemplo apuntado consiste más en un desistimiento que en una renuncia propiamente dicha. Sea como fuere, lo cierto es que las nociones jurídicas nacidas para explicar la vida de los derechos, son de mala aplicación a las potestades, que el propio legislador (artículo 4 L.P.A.) apunta excepciones a la "irrenunciabilidad" de la competencia y, por último, quiero expresar que mi deseo en este apartado es poner en tela de juicio la certeza de la integridad de las notas con que la potestad es adjetivada. Si se entiende que no puede haber renuncia sin que se extingan incluso los aspectos potenciales de la potestad, me parece muy bien y no tengo nada que objetar; repito que se trata de un problema terminológico sobre conceptos que no nacieron ni ordinariamente se emplean para teorizar sobre la potestad. A pesar de todo, se convendrá conmigo en que el ejemplo expresado fuerza a entender la irrenunciabilidad de la potestad (si se desea mantener la idea), en un sentido absolutamente estricto. Además, queda en pie su transmisibilidad en las más variadas formas posibles.

Cabe transmitir potestades "ad extra" del Estado, vía Tratados y Convenios Internacionales. Asimismo, la inmensa mayoría de las técnicas distributivas de competencia conllevan una auténtica transmisión interadministrativa de potestades: la descentralización y el autómato operan dicho trasvase entre entes; la desconcentración y su contrario, lo efectúan entre órganos, y otras técnicas como la delegación, avocación, suplencia o sustitución transmiten el ejercicio de potestades, vía competencia, entre titulares de órganos.

A raíz de lo expuesto, es de conclusión obligada afirmar que la potestad puede ser transmisible y, según como se mire, renunciable. A partir de ahí, háganse ya todo tipo de matices y restricciones, pero no se prediquen como dogmas necesarios de toda potestad, aquellos caracteres que únicamente afectan con radicalidad a la soberanía como tal.

1.3. La excepcionalidad de la avocación como técnica, no obsta a su realidad por vía indirecta

Resulta sumamente curioso el tratamiento jurídico de "rara avis" que tiene la avocación, como técnica organizatoria que atribuye al órgano superior la potestad de recabar para sí la competencia del inferior en los supuestos legalmente previstos.

Difícil es encontrar en nuestro ordenamiento vigente supuestos de abierta posibilidad avocatoria. Para muestra

valga uno de los escasos botones existentes, el contenido en el artículo 208.3 de la Ley del Suelo:

"Podrá cualquier órgano superior recibir el conocimiento de asuntos que competan a los inferiores - jerárquicos".

La apuntada parquedad de casuística, acaso se deba a que formalmente la presencia sistemática en las normas de supuestos de avocación equivaldría a legalizar el capricho, con la consiguiente desvirtuación de fondo del Estado de Derecho como forma. Conforme escribe BAENA DEL ALCAZAR (9), - la avocación es un principio que en los tiempos recientes ha prosperado casi con exclusividad en el régimen político del nacional-socialismo. La afirmación de BAENA responde plenamente a la realidad de la Alemania de HITLER, cuya clásica descripción por BONNARD (10) apunta, precisamente, a los ingredientes más radicales de la avocación como principio básico de un sistema organizativo: desvalorización del Estado y, sobre todo, del Derecho y afirmación rotunda de la prerrogativa del Führer.

Sin embargo, donde el Estado de Derecho impone mantener las formas, la organización de poder que son las Administraciones Públicas, trastoca los fondos.

En nuestro Derecho, la "avocación práctica" es un dato a través de la conjunción de tres realidades, las cuales tienen, además, clara trascendencia normativa.

1. El necesario, por vertebrador, principio de jerarquía administrativa, que llega a verse reflejado en el artículo 103 de la Constitución y conlleva potestades tanto rectoras de los órganos inferiores, a través de órdenes (actos de mando si se prefiere) circulares e instrucciones, como inspectoras de oficio o por virtud de reclamación en queja sobre la actividad de tales órganos inferiores, e incluso potestades de resolución de conflictos de atribuciones, los cuales, para mayor abundamiento, no son siquiera planteables en línea jerárquica (artículo 8 L.P.A.). Además, un corolario en el orden penal del principio jerárquico, el delito de desobediencia, tipificado en los artículos 369 a 372 del correspondiente Código, deja lugar a muy pocas opciones para el funcionario, quien de hecho siempre puede escudar en la obediencia la comisión de actos aún flagrantemente atentatorios contra el ordenamiento. Si a ello añadimos el régimen disciplinario de carácter administrativo y el lógico deseo del servidor del Estado de culminar su carrera funcional, tendremos el resto.

2. La frecuente indefinición competencial de las unidades administrativas reservadas a funcionarios, en las normas legales o reglamentarias de organización, también coadyuva al hecho apuntado.

3. La existencia en España de una insoslayable y preclusiva vía administrativa de recursos, cuyo supuesto más frecuente es el jerárquico de alzada, otorga en este caso --

competencia de segunda instancia al superior jerárquico (efecto devolutivo).

1.4. Las potestades de articulación de potestades

En las ciencias y artes del espíritu abundan redundancias intelectuales y prácticas, que no por serlo dejan de tener utilidad. Así, de la misma manera que la Epistemología es una redundante reflexión sobre la reflexión y la nomotesia (11) consiste en el análisis de las normas sobre normas; la médula de la organización administrativa se fundamenta en potestades cuyo objeto directo son otras potestades o, si se quiere, en tener competencia sobre competencias.

El fenómeno es importantísimo, porque es expresión del poder organizatorio de poderes. De alguna manera sucede algo parecido, fuera del ámbito administrativo, con la potestad legislativa, cuyo objeto directo pueden ser también potestades. Las potestades de articulación de potestades son las de jerarquía, coordinación y tutela.

No es mi propósito en este trabajo hacer un estudio acabado de la teoría de la organización administrativa; de ahí que me exima del tratamiento manualístico de cada una de ellas. Sin embargo, algunas precisiones no estarían de más.

En primer término está la corroboración, pienso que definitiva, de la afirmación de ALESSI (12), según la

cual la coordinación, a pesar de la apariencia pacífica del término, encierra una gran cantidad de poder. No en vano es poder sobre poder.

En segundo lugar, la potestad de tutela, relacio -
nal de entes administrativos por definición es, según su in -
tensidad, un perfecto termómetro de autenticidad para la des -
centralización administrativa: una fuerte descentralización
entre las Administraciones Públicas territoriales, que estu -
viese acompañada por la presencia de una férrea tutela, se -
ría irreal en términos de poder. De hecho, así interpretó el
Tribunal Constitucional, en su sentencia de 2 de febrero de
1981, el ambiguo (por vacío de contenido concreto) término -
"autonomía" que la Constitución predicaba de municipios y -
provincias en sus artículos 140 y 141, respectivamente. En -
este caso, se hacía equivaler "autonomía" a descentraliza --
ción más recesión de la tutela; y, ciertamente, cuando en la
expresión autonomía late un contenido político, ha de enten -
derse como descentralización reforzada, bien sea mediante un
sistema constitucional completo de garantías institucionales,
como sucede en el caso de las Comunidades Autónomas, bien al
menos a través de una disminución hasta mínimos del espectro
propio de la tutela.

1.5. Algunas conclusiones sobre método pedagógico

A pesar de que en este trabajo no me haya dedicado
a estudiar en profundidad las técnicas de organización admi-

nistrativa en cuanto tales, sino a enfocar un replanteamiento teórico de la competencia y de su distribución; lo cierto es que esta misma tendencia a ir a los grandes principios, - ha proporcionado indirectamente un criterio coherente y, por lo tanto útil, para enfocar las lecciones de organización administrativa.

Coincido con la generalidad de los manuales en la necesidad de iniciar los correspondientes temas con la explicación de lo que es un ente, un órgano y la competencia; pero en lo que sigue, pienso que el criterio más lógico sería éste:

a) Transferencias de competencia entre entes administrativos: Descentralización y centralización.

b) Transferencias competenciales interorgánicas: - Desconcentración y concentración.

c) Transferencias competenciales entre titulares - de órganos: Delegación, avocación, suplencia y sustitución.

d) La vertebración de los entes administrativos a través de las potestades jerárquicas.

e) La tutela como técnica vertebradora de las Administraciones Públicas.

f) El amplio espectro vertebrador del principio de coordinación.

No estaría de más el añadido final de un estudio - al respecto de la noción "autonomía" y sus diversas acepciones.

2. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Si me dedico a estudiar la potestad reglamentaria, con pleno olvido de la teoría general de las normas, ello se debe a varios motivos: aparte de la evidente razón práctica que me impulsa a evitar una tesis de extensión desmesurada, está también presente la necesidad de que ésta sea un trabajo inédito, y quien esto escribe tiene ya algunos trabajos publicados o en curso de publicación sobre la materia. Por lo demás, no hay que perder de vista la idea de fondo que impone centrar el objeto de la presente tesis en la potestad, más que en sus concretas manifestaciones, las cuales pueden alcanzar a la práctica integridad del Derecho Administrativo. Por demás, la teorización de las normas con forma de ley escapa de por sí al Derecho Administrativo. Otra cosa es que el hecho mismo de la gran complejidad estructural de nuestra disciplina, a la que aparte de los propios y más complicados, apenas ningún problema jurídico o político le es ajeno, haya hecho del administrativista la persona idónea para abordar en su integridad el planteamiento general de la teoría de las normas. La correspondencia inversa se ha demostrado además poco frecuente. Es difícil pensar que desde otras disciplinas se aborde, siquiera parcialmente, el estudio de los reglamentos, cuando (por poner algunos ejemplos) es usual en Derecho Civil referirse con la denominación de limitaciones a la propiedad a cuestiones

que afectan a la definición misma de dicho derecho subjetivo, o la teorización en Derecho Laboral de la norma más favorable, sin percibir que se trata de una degradación normativa condicional.

Quede, pues, justificado el no tratamiento en general de la teoría de las normas y el estudio exclusivo de ciertas cuestiones de fondo relacionadas con la potestad reglamentaria. Algunas de ellas, y muy importantes, ya fueron tratadas por el profesor VILLAR PALASI y yo mismo en el varias veces citado comentario al trascendental artículo 9º de la Constitución. La fundamentalidad misma de algunas de esas cuestiones me impide seguir adelante sin ofrecer un brevísimo resumen ampliado con algún dato nuevo. Después de ello, dedicaré un epígrafe a demostrar la no vinculación de la potestad reglamentaria por los principios generales del derecho en cuanto tales.

2.1. Los reglamentos propios: resumen de lo ya escrito y nuevos desarrollos de la teoría

1º. El Gobierno tiene potestad reglamentaria para entrar a regular directamente aquellas materias que la Constitución no reserva a la ley.

Esta expresión, que equivale a renovar -con posterioridad a la ley de leyes- la carta de naturaleza de los reglamentos autónomos o independientes, obedece a los si-

guientes razonamientos:

Según el artículo 97 del Texto Fundamental "*el Gobierno (...) ejerce la potestad reglamentaria de acuerdo con (...) las leyes*". Por lo tanto y salvo que surja una ley que diga lo contrario, no existe impedimento constitucional alguno a la potestad de dictar reglamentos autónomos en aquellas materias que la ley soberana no ha querido, precisamente, reservar a la regulación por ley formal.

El origen mediato del Gobierno en la voluntad popular, avala en lo político-sustancial, el enunciado formal que aparece en la Constitución.

Las Cortes siempre tienen la posibilidad de atraer a la regulación por ley a materias no reservadas. Esa ley, por efecto del principio de jerarquía, prevalecería sobre cualquier reglamento que regulase tales materias con anterioridad. Por lo tanto, no se menoscaba la potestad legislativa de las Cortes.

En beneficio del ciudadano, se incrementa la seguridad jurídica, pues al ser ésta sinónimo de "predictibilidad", en buena medida está en función de la extensión del grupo normativo.

Cuestión distinta es la reserva reglamentaria, que nuestra ley de leyes no ampara, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Constitucional de Francia, donde coexiste con la reserva de ley. Un fenómeno de este tipo, que conlleva en algunas materias la plena potestad legislativa del

Ejecutivo, se justifica sólo por la legitimidad democrática directa del poder del Presidente de la República.

2ª. La existencia de reglamentos no administrativos.

En el trabajo citado se decía, bajo el epígrafe "la eclosión del concepto de reglamento", que la potestad reglamentaria ha superado hoy su origen en el aparato administrativo del Estado, para adentrarse en el ámbito de la potestad autoorganizatoria de Altos Organos del Estado con independencia de principio frente a su Administración. De esos "reglamentos propios" (denominación que propongo), se citaba el de "organización y personal", promulgado por Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 1981, dictado en base a la autorización contenida en los artículos 2.2 y 10.j de su ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre. También fue mencionado, con referencia al Consejo General del Poder Judicial, su reglamento propio de estructura de sus órganos técnicos, dictado por el Acuerdo de 12 de noviembre de 1980, que se ampara en el artículo 5 de la L.O. 1/1980, de 10 de enero.

En relación con el control de los reglamentos propios, es preciso aludir a la necesidad de su tratamiento diferenciado, según los casos. Así, para los reglamentos propios del C.G.P.J., su ley orgánica reguladora establece la competencia contencioso-administrativa del Tribunal Supre

mo en pleno, con el efecto de que se produce algún hecho curioso que en el comentario mencionado se apunta. Solución distinta tiene la fiscalización de los reglamentos propios del Tribunal Constitucional y ante el silencio de la correspondiente ley orgánica, parece que no quedaría otra solución sino la modificación por las Cortes de dicha ley en los términos exactos de la rectificación que se pretenda dar al correspondiente reglamento propio.

Como es sabido, y por lo tanto no merece la pena que me extienda en ello, han aparecido otros reglamentos propios del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial, con posterioridad al trabajo que realicé conjuntamente con el profesor VILLAR PALASI.

Merece, en cambio, la pena abundar en el concepto de reglamento propio, puesto que hay muestras evidentes en el Derecho patrio de que tal realidad no está todavía muy bien asumida. Acaso el ejemplo más relevante, por su indudable interés, se produzca en el seno del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña. Me refiero al Decreto 429/1981, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento Provisional de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña. El tema es curioso, porque se trata de un auténtico reglamento propio del "Consell Consultiu", por más que formalmente aparezca como un Decreto que, al igual que cualquier otro, ha sido dictado por el Consejo de Gobierno de la Generalidad y no por el

Consejo Consultivo directamente.

Veamos cómo se justifican las afirmaciones que acabo de expresar:

El artículo 41 del Estatuto de Economía de Cataluña, aprobado por ley orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, reserva a una ley de la Comunidad Autónoma la creación y regulación de un "Organismo de carácter consultivo" con competencia dictaminante sobre la adecuación al Estatuto de los proyectos y proposiciones de ley catalanes, así como en cuanto a la interposición por parte del Gobierno de la Generalidad o del Parlamento de Cataluña, de recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

La ley a la que el Estatuto de Autonomía alude es la 1/1981, de 25 de febrero, en cuya disposición final primera se dispone:

"Basándose en los principios de la presente ley, el Consejo Consultivo elaborará el reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo y el Consejo Ejecutivo lo aprobará".

Esto es tanto como decir que el Alto Organismo Consultivo de Cataluña tiene potestad reglamentaria propia para autoorganizarse en el marco de la ley y del Estatuto, puesto que la intervención del Poder Ejecutivo se produce exclusivamente para cumplimentar, de forma debida y estrictamente reglada, el trámite aprobatorio.

En el fondo, pues, el Consejo Consultivo de la Generalidad dispone también de un reglamento propio, sobre el cual no tiene el Consejo de Gobierno ninguna potestad modificatoria o derogatoria al margen de la voluntad del órgano referido. Consecuentemente, el hecho de que la ley reguladora previera un modo de emanación tan "singular" del reglamento del Consejo Consultivo, demuestra a las claras que la noción (imprescindible, por otra parte) de reglamento propio, no ha adquirido todavía plenamente carta de naturaleza entre nuestras categorías jurídicas. La Generalidad no pudo desprenderse del prejuicio administrativista sobre los reglamentos, pero tampoco pudo ignorar que hubiera sido excesivo que el Consejo Ejecutivo dictase una norma reglamentaria en esta materia, sin que su potestad estuviese plenamente vinculada por la voluntad del Consejo Consultivo.

Existe un razonamiento político de fondo, que viene a corroborar toda esta serie de afirmaciones: de la misma forma que en el Estado aparecen órganos constitucionales codepositarios de la Soberanía, entre los que se encuentran las Comunidades Autónomas, en el seno de éstas se repite un esquema parecido, puesto que existen una serie de órganos estatutarios los cuales son, a su vez, codepositarios de la parte de la soberanía estatal que, a cada una de aquéllas corresponde. Tales órganos no tienen por qué ser necesariamente los enumerados en el artículo 152 de la Constitución (Presidente de la Comunidad, Consejo de Gobierno, Asamblea

Legislativa y Tribunal Superior de Justicia), puesto que tales órganos, ni son de obligada existencia para todas las Comunidades Autónomas, ni excluyen que otros puedan participar del más elevado rango en la distribución del poder. E incluso en el supuesto del Tribunal Superior de Justicia, tampoco puede afirmarse con propiedad que éste sea órgano de la Comunidad Autónoma, puesto que probablemente pese más el principio de unidad jurisdiccional que se deduce de los artículos 117.5 y 152.1 de la ley de leyes.

Es, además, estrictamente necesario que el Consejo Consultivo de la Generalidad sitúe su "auctoritas", más que su "potestas", en el vértice de la división del poder de la Comunidad Autónoma de Cataluña, dado que el ser un órgano consultivo a la vez del "Parlament" y del "Consell Executiu" no puede depender ni de uno ni de otro. De ahí que su organización y funcionamiento internos no puedan estar mediatizados en modo alguno por el Gobierno de la Generalidad, al igual que su ley reguladora debe emanarse sin mengua de la superior jerarquía normativa estatutaria.

El supuesto, repito, es un reflejo de lo que sucede con los Altos Organos Constitucionales del Estado y no cabe confundirlo con el ejemplo de los Organos Constitucionales mediatos, puesto que el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas, a pesar de las garantías de independencia y neutralidad, dependen de las Cortes Generales. A su vez

y en idénticas coordenadas, el Consejo de Estado no deja de estar vinculado al Gobierno.

A modo de síntesis y conclusiones, el reglamento del "Consell Executiu" tiene la categoría de propio, a pesar de proceder formalmente del Consejo Ejecutivo. No puede ser modificado ni derogado por éste, y sólo puede ser controlado por los Tribunales (señaladamente, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), el Parlament de Catalunya, mediante una modificación de la ley que opere sobre el reglamento a través del principio de jerarquía normativa, mientras se respete el artículo 41 del Estatuto de Autonomía, y por el propio Consejo Consultivo, que puede imponer, en este supuesto su voluntad, al Gobierno de la Generalidad.

Nótese, por último, que la consolidación del denominado Estado de las Autonomías, ha abierto un campo de imprescindible y necesario estudio para los juristas, que no acaba, ni mucho menos, con el encomiable estudio de MUÑOZ MACHADO (13) ni con la, a su vez utilísima, sistematización material del profesor MARTIN BASSOLS en relación con los Estatutos de Autonomía (14). Se precisa abordar, en el seno de cada una de las Comunidades Autónomas, un estudio en profundidad del Derecho propio, a cuyo impulso no debieran ser ajenos los planes de estudio de las Facultades de Derecho.

2.2. La no sujeción de la potestad reglamentaria -
ni de los reglamentos a los principios generales del Derecho

Puedo entender que en unas coordenadas políticas - como las preconstitucionales, caracterizadas por un exceso - de poder administrativo, la doctrina y la jurisprudencia se viesan empujadas a ser, hasta cierto punto, factores moderadores; pero, desde luego, concluir como se hizo que la potestad reglamentaria de la Administración y los reglamentos mismos estaban sujetos a los principios generales del Derecho, era algo un tanto forzado que, sin embargo, acaso por las razones apuntadas, no encontró adecuada réplica. A pesar de tener en cuenta el papel de las inercias doctrinales, no puedo evitar que me sorprenda la persistencia de tal planteamiento en los actuales tiempos, cuando ya existe el nuevo marco de la Constitución de 1978. Es más, incluso se ha intentado reafirmar a partir de la ley soberana y, concretamente, en base a su artículo 103, dicha construcción teórica.

De este precepto, que establece el sometimiento - pleno de la actuación administrativa a la ley y al Derecho, se ha pretendido deducir que la potestad reglamentaria, como actuación de la administración, está sujeta a los principios generales del Derecho, al ser éstos, con toda evidencia, "Derecho".

Creo que existen argumentos de peso en contra de - un razonamiento tal.

También el artículo 9.1 de la ley soberana procla-

ma la sujeción de todos los poderes públicos al ordenamiento jurídico, e imagino que a nadie se le ocurriría pensar que - la potestad legislativa del Parlamento está vinculada por - los principios generales del Derecho, los cuales o bien se - deducen de leyes anteriores, en cuyo caso la conclusión se - ría insensata; o bien pertenecen al Derecho Natural, afirma- ción que me induce a una pregunta, no exenta de un cierto - grado de ironía: ¿A cuál de todos los "Derechos Naturales", al escolástico, al racionalista, ...? Aparte de esto, el e- jercicio de la potestad legislativa estaría también sujeto a la costumbre y a las leyes anteriores, con lo cual resulta - ría que en España tenemos una Constitución tan inmovilista - que niega la capacidad transformadora del poder. No es, pues, cuestión de insistir en las conclusiones disparatadas que en - cierran las consecuencias últimas, por nadie postuladas, de determinados planteamientos. Es demasiado evidente que la po - testad reglamentaria de los órganos superiores de la Adminis - tración estaría a su vez subordinada, según eso, al Derecho reglamentario emanado de los órganos inferiores.

Otro argumento en contra de una interpretación del artículo 103 de nuestra Carta Magna, como la apuntada, estrí - ba en considerar que la voz "actuará", en él contenida, no - vincula a otra emanación de la potestad administrativa más - que a la de dictar actos. En este caso, el mentado artículo 103 adquiere plenitud de sentido y cordura jurídicos. Procla - mar la imprescindible sumisión de los actos de la Administra - ción a la ley y al Derecho, con independencia del rango je -

rárquico de la norma que se tome en consideración, equivale a pronunciarse por la lógica subordinación de "lo ordenado" a cualquier directriz ordenadora y obliga a considerar constitucionalizado el principio de la denominada inderogabili-dad singular de los reglamentos; pues un acto de un órgano superior debe, incluso, acatar el mandato contenido en una norma de un órgano inferior.

Hasta aquí la demostración de la no vinculación de la potestad reglamentaria por los principios generales del Derecho; pero hay más, la emanación de dicha potestad, el reglamento, es norma superior en jerarquía a tales principios, al menos mientras no se altere el ordenamiento vigente a nivel legal.

El Título Preliminar del Código Civil -el cual, en virtud de su artículo 4.3- es supletorio de cualquier otra ley y aplicable, por lo tanto, también como Derecho Administrativo, señala en el artículo 1.1 y en el 2.4 lo que sigue:

"Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Carecerán de validez las disposiciones que contra digan otra de rango superior (...).

Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico".

Según mi modesto criterio, la referencia efectuada

a la ley por el artículo 1.1 alude a la ley material y no só lo a la ley formal; o, lo que es lo mismo, en la dicción del Código, la expresión "ley" abarca a los reglamentos en todas sus formas, entre ellas las descritas por el artículo 23 de la L.R.J.A.E. De ser esto así, la escala jerárquica entera - de los reglamentos habrá de prevalecer sobre la costumbre y los principios generales.

La única vía negativa de esta interpretación pasa por adoptar la otra posibilidad que, en principio, aparece, a su vez, como lógica: el artículo 1.1. del Código Civil alude a la ley formal, con exclusividad; de ahí que los reglamentos, cuya denominación se omite en los esquemas de jerarquía del título preliminar, sean normas inferiores en rango a los principios generales del Derecho.

Pues no; porque se vuelve a entrar en la incongruencia. Quien esto afirmase, debería también caer en la cuenta de que con el razonamiento expuesto se defiende automáticamente la primacía de la costumbre frente a los reglamentos, lo cual nadie sostiene, porque conduciría a varios absurdos, entre ellos a la negación de la actuación intervencionista de la Administración actual, que consiste en su gran agilidad para hacer frente, a través de su potestad reglamentaria, a las continuas variaciones de coyuntura.

Hasta aquí la destrucción del mito. Ahora corresponde desentrañar cuál es la porción de verdad que, como casi todo prejuicio, ocultaba. Esta es que se impone afirmar -

la vinculación de la potestad reglamentaria y la subordina -
ción de los reglamentos a los principios positivizados en la
Constitución, las leyes y los reglamentos superiores en je -
rarquía a aquél que se trata de emanar.

Deseo que se note la insistencia que pongo en sepa -
rar los principios positivizados de los PGD, a nivel concep -
tual, puesto que si bien todos los principios positivizados
son PGD, no todos los que se pueden estimar PGD se encuen --
tran positivizados o, al menos, no lo están al nivel jerár -
quico preciso para prevalecer sobre determinado reglamento.
El Tribunal Constitucional, aunque se pronunciase en cuestión
diferente de la apuntada, no ha sido insensible a la distin -
ción: en la sentencia de 13 de febrero de 1981, ya decía que
"los principios generales del Derecho incluidos en la Consti -
tución (...) participan de la fuerza derogatoria de la mis -
ma", e incluso en sentencias como la de 8 de junio del mismo
año, se les da nombre propio de *"criterios inspiradores del*
ordenamiento".

3. LA NECESARIA REVISION DE LOS AMBITOS DE POTESTAD DOMESTICA O SUPREMACIA ESPECIAL, A RAIZ DE LA CONSTITUCION

Se trata de una materia objeto de consideración en este lugar, en cuanto que afecta directamente a la intensidad de la vinculación de las postestades administrativas a la legalidad.

En principio, parece evidente que en aquellas actividades y circunstancias relacionadas más de cerca con el interés general, el poder del Estado habría de ser considerado - blemente reforzado, aún en detrimento de los márgenes de libertad individual y de los derechos de las personas que desempeñan tales actividades o se encuentran en esas circunstancias, por causa de lo trascendental del fin perseguido. - No en vano la defensa del interés general es, en lo ideal, - la finalidad misma y razón de ser del Estado, como organización global de la convivencia.

Ahora bien, una cosa es lo que acaba de ser expuesto y otra muy distinta sería la pretensión de restringir de manera sistemática la esfera jurídica de algunas personas, o de colectivos, con la utilización del interés general como - pretexto para acotarla más allá de lo que la dimensión real de éste exige imperiosamente y de lo que la Constitución permite.

Lo dicho hasta aquí es tan lógico y patente que, - en puridad, no debiera ser necesaria teoría alguna para des-

cribirlo. El planteamiento, una vez asentadas las grandes ideas inspiradoras del Estado, es de puro sentido común: el interés general, como noción ideal, tiene una plasmación jurídica y una concreción empírica en la Constitución, como definición que es, al más alto nivel, del ser y los grandes fines de un determinado Estado de Derecho, y en la ley, la -- cual, en el marco de la norma fundamental de convivencia, efectúa una precisión, con mayor detalle todavía, de lo que el interés general representa y de los especiales límites -- que para la esfera individual de libertad pueden derivarse -- de la presencia inmediata de aquél en determinadas actividades y circunstancias. El innecesario hecho de que se haya -- teorizado sobre tal cuestión, o quizás en mayor grado el mantenimiento de ciertas nociones doctrinales, como la de "supremacía especial", en el Estado de Derecho, constituye un -- primer indicador de que acaso se pretenda "justificar" ciertas situaciones e induce a sospechar que la noción abstracta de "interés general", puede jugar a menudo más como un pre -- texto adecuado para la concentración de poder que como el señalamiento de necesidades objetivas conducentes a refrenar, legal y legítimamente, las posibles disfunciones que, para -- la colectividad, podrían derivarse en ocasiones de un excesivo acento puesto en la libertad individual.

Históricamente parece incontestable que el recurso a conceptos como "supremacía especial" o "potestad doméstica", predicados de ciertas esferas de la actuación administrativa, se efectuó en épocas y lugares donde se pretendía --

solidificar el poder del Estado, aún a costa de los ámbitos civiles de libertad. VILLAR PALASI (15) expresa claramente - que la denominada "relación especial de sujeción" surge en - la obra de SCHMITTHENER "Grundlinien des allgemeinen Staatsrecht" (Líneas generales del Derecho del Estado), que fue pu - blicada en 1845, cuando se procedía a la consolidación del - inmenso poder que tuvo el Estado prusiano, bajo la égida de BISMARCK.

Por otra parte, en la idea de supremacía especial, aparece otro lugar común de los pretextos de concentración - de poder: la imprecisión. De hecho, en las potestades del - "ámbito doméstico" de la Administración, que tienden a dotar a ésta de una inmensa libertad en su esfera interna, aparece una gran discrecionalidad, con el propósito evidente de - escapar del control judicial y que el principio de legalidad quede reducido a un papel mínimo en este campo.

Sobre la crítica que esta situación merece, no me resisto a una cita literal del profesor VILLAR PALASI (16), que asumo íntegramente y en todos sus términos como pensa -- miento propio:

"Lo mismo que sucede con la distinción entre ley - formal y material, como acontece con la teoría de la institución jurídica o de la autonomía regl - mentaria, también la distinción entre ambas potes - tades (17) sirvió en un terreno doctrinal al re - forzamiento del Ejecutivo en contra del auténtico principio de legalidad, al ir incorporando progre - sivamente nuevos ámbitos a la potestad doméstica.

No es el momento de analizar la justicia o el acierto político de este reforzamiento; para el jurista basta con detestarlo, con poner de relieve el trasfondo político de la teoría. Teoría jurídica y política van en Derecho Administrativo de la mano frecuentemente, como si el jurista en lugar de analizar el problema y valorarlo, lo justificase a priori cubriéndolo con el manto protector de su teoría. Ello se verifica muchas veces, casi siempre, de un modo inconsciente, como si se aceptase plenamente la afirmación hegeliana de que todo lo real es racional".

Todavía con la miel, y a la luz del impecable pensamiento apuntado, me entra la sospecha de que uno de los mayores problemas a los que se enfrenta la plena virtualidad de la Constitución de 1978, consistió en la inercia de la jurisprudencia y de la propia doctrina, en dar por sentados conceptos y técnicas tradicionales, lo cual obsta en alguna medida, la necesaria revisión de éstos a partir de los nuevos cánones del texto normativo supremo.

Sin duda, nadie hoy puede pretender, en España, entender la potestad doméstica y las relaciones especiales de sujeción al margen del principio de legalidad. Por ello precisamente, quiero contribuir a evitar que dogmáticas de épocas sobrepasadas y acordes con ellas puedan tener todavía persistencia, como infundados prejuicios, entre nosotros.

Según entiendo, una posible metodología adecuada para esta labor revisora, puede pasar por el análisis de algunos de los grandes lugares jurídicos, tradicionalmente ad-

mitidos como ámbitos propios de las relaciones especiales de sujeción, para observar hasta qué punto la doctrina tradicional puede gozar o no de permanencia, a tenor de lo dispuesto en la vigente Constitución.

Las materias en las que pueden aparecer tales relaciones son todas aquellas que han sido objeto de "publicatio" entendida por mí como un dejar de estar entre los asuntos - propios de la sociedad civil para pasar a ser asuntos pro -- pios del Estado. Llegados aquí, se abren dos interrogantes:

a) Hasta qué punto es necesaria la publicación - de una materia para el interés general y, por lo tanto, permitida por las actuales grandes líneas constitucionales defi nidoras de éste.

b) Hasta cuál otro punto la publicación de una - materia ha de operar con tal intensidad que haga ineludible en ella la presencia de relaciones especiales de sujeción.

En el fondo del problema apuntado late una idea - que no tengo el menor inconveniente en hacer visible: la intervención del Estado en la sociedad civil puede responder a la necesidad de la realización práctica y equilibrada de los valores libertad e igualdad. Si se conviene en que éste es - uno de los mayores objetivos ideales del Estado Social de De recho, se convendrá también en que todo exceso de interven - cionismo sobre el fin perseguido, se sale del marco del "Wel fase State", para convertirse en un sutil pretexto, pero pretexto al fin y al cabo, de concentración de poder. Parece -

palmario que, en el caso de que hoy estuviese la libertad amenazada en algún grado, el peligro tendría más trazas de -
 provenir de una excesiva estatalización de la vida social -
 que de una desorbitada privatización de los grandes fines -
 del Estado. De ahí la importancia que tiene prevenir sobre -
 los riesgos que entraña para el Estado Social de Derecho --
 (constitucionalizado, a fin de cuentas, por el artículo 1 de
 nuestra ley de leyes), una extensión desmesurada y especial-
 mente intensa de la "publicatio", acompañada por una visión
 acrítica y acomodaticia de las relaciones especiales de suje-
 ción que suele pretender llevar consigo.

Sin perjuicio de que a través de cualquiera de los
 medios y técnicas de intervención administrativa, se pueda -
 publicar en mayor o menor grado una materia y que, por lo
 tanto, un estudio detallado de esta temática volviese a con-
 ducirme al conscientemente evitado mundo de lo interminable
 empírico (18), deberé centrar mi atención en las esferas don-
 de la supremacía especial ha solido revestir mayor fuerza. -
 Me refiero a las materias "personal al servicio de las Adm-
 nistraciones Públicas" y al "servicio público", que van a -
 ser estudiadas a continuación, en supuestos concretos, los -
 cuales pueden servir de ejemplos paradigmáticos.

3.1. Los límites de la denominada supremacía espe- cial de la Administración sobre el personal a su servicio

A este respecto, el ámbito tradicional del que ha

sido predicada la potestad doméstica, de especial intensidad, ha solido ser con referencia al personal funcionario.

Por lo que a éstos tiene relación, la supremacía - especial de la Administración ha plasmado, sobre todo, en la restricción de posibles derechos adquiridos frente a ella; - lo cual tiene su lógica mientras la cuestión se mantenga convenientemente acotada; así, por ejemplo, cuando se trata de evitar que hipotéticos derechos adquiridos puedan hacer invi - viable la libertad de autoorganización, de la que no puede - abdicar la Administración, si quiere atender como es debido los intereses públicos.

ALEJANDRO NIETO, en un magnífico y documentado artículo relativo a la temática en cuestión (19), hurga en sus raíces históricas profundas y en el Derecho comparado, para concluir que en España, aunque la Jurisprudencia no rechace de plano la posible existencia de algunos derechos adquiridos - funcionariales, la tónica dominante tiende a ver la situación del funcionario casi por entero como reglamentaria y de difícil control judicial, a causa de la amplia discrecionalidad que otorgan las leyes y reglamentos al ejercicio de las potestades administrativas.

Un sentido parecido a la conclusión anterior lo - tiene el intento doctrinal de alejar la naturaleza de la relación de servicio de todo aquello que pueda tener resonancias contractuales. Más adelante (epígrafe 5), se volverá sobre este tema; por ahora baste recordar algo de sobra conocido

do: a partir del siglo XVIII, la teoría de la vinculación - del funcionario a la Administración a través del contrato, - fue cediendo paso a tesis como la de la situación reglamentaria, que también arranca del absolutismo prusiano, interesado en la no admisión de derecho alguno del funcionario -- frente a las omnímodas potestades soberanas del Estado; o incluso a la moderna teoría estatutaria, la cual, aún a pesar de tomar en mayor consideración la voluntad y derechos del - funcionario, no deja de calar en hondo entronque con la de - la situación reglamentaria.

Lejos se está hoy de escribir que una situación estatutaria no debiera hacer, por naturaleza, sino vincular - más todavía que en otro tipo de situaciones jurídicas, tanto a la Administración como al funcionario a la legalidad. Aún sin llegar tan lejos, no puede haber inconveniente alguno en admitir que una situación jurídica estatutaria cabe que esté basada en un contrato, por peculiares que fuesen las cláusulas de éste y el "ius cogens" que lo enmarca, en el sentido de restringir la libertad del funcionario frente a las potestades de autoorganización que la Administración, por fuerza, ha de tener.

En nuestro Estado de Derecho está claro que ninguna actuación, y por supuesto la política tampoco, puede producirse en el marco de la soberanía normal, al margen de la norma. No cabe, pues, supremacía ni potestad doméstica alguna fuera de la órbita de la legalidad constitucional.

En tal sentido, es en la ley soberana donde hay que

buscar las grandes líneas de toda política de función pública posible en la España actual. Destaca el artículo 103.3, - cuando precisa: "La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, (...) el sistema de responsabilidad y los requisitos para la interinidad en el servicio de los funcionarios". En este precepto, más que contemplarse unas líneas directrices concretas para la política de función pública, se intenta reservar a la ley algunos de los aspectos más fundamentales en la configuración de la situación jurídica del funcionario.

Llegados a este punto, se plantea un interrogante clave: ¿Quiere decirse, con ello, que la Constitución abre una libertad casi absoluta en la regulación legal de la materia? Más bien la ley de leyes parece forzar la solución contraria; a saber: que las normas reguladoras de la función pública no pueden contravenir algunos principios constitucionales rectores de nuestro ordenamiento. Así, parece obligado entender que ninguna regulación legal válida de la materia de funcionarios puede ser ajena a los derechos fundamentales que el texto supremo atribuye a los españoles en general y señaladamente a los que tengan la condición de trabajadores. Los únicos "peros" a lo expuesto vienen dados por la regulación del citado artículo 103, esta vez en su apartado 1º, al tener tal precepto el carácter de "lex aptior rem gerendae", por cuanto sería impensable una legislación de funcionarios que impidiese o dificultase la consecución de los grandes objetivos y principios de la actuación administrativa. Es así

que las normas de referencia han de estar orientadas a que - las Administraciones Públicas puedan servir con objetividad a los intereses generales y actuar de acuerdo con imperati - vos entre los que son de destacar, para lo que a esto con -- cierne, los de eficacia, descentralización y, acaso también, el de jerarquía.

En los momentos actuales, del planteamiento general de reforma de la función pública se desgajó y anticipó la - problemática referida a las incompatibilidades, con la ley - 20/1982, de 9 de junio, de "incompatibilidades en el sector público", como norma básica en la materia y pronta a ser, de nuevo, reformada.

Pues bien, no parece que dicha ley conduzca a la - supremacía especial más allá de los límites constitucionales puesto que es plenamente coherente con el artículo 103 de la Constitución. De hecho, la ley no tiende más que a asegurar la imparcialidad del funcionario y la eficacia de la actua - ción administrativa. De ahí que cuando su artículo 2.1 impi - de percibir más de un sueldo procedente del sector público, salvo autorización expresa por ley o que los servicios se - presten en régimen de jornada reducida, no hace más que pro - veer al mandato constitucional que impone a la Administra -- ción el principio de eficacia y frente a eso no pueden exis - tir derechos adquiridos de ninguna especie. No sería pensa - ble que un funcionario que debiese totalizar 15 horas día -- rias, o más, de trabajo, pudiese dar un rendimiento normal.

Un punto conflictivo, sin embargo, existe: puesto que los trabajadores que están vinculados a la Administración por el Derecho Laboral y que, incluso en algunos casos, prestan sus servicios en sociedades públicas sujetas al Derecho Mercantil, también quedan afectados por el régimen de incompatibilidades, al extenderse éste al sector público en general. Realmente, un grado tal de extensión de la potestad administrativa, que hace ingresar en el ámbito de la potestad doméstica a esferas que nadie, tradicionalmente, se había atravido a asignarle, roza ya los límites de la legalidad -- constitucional. La cuestión no es fácil de resolver, puesto que si bien en el artículo 103.3 se prevé un "sistema de incompatibilidades" referido exclusivamente a los "funciona -- rios públicos" y es muy dudoso que ello pueda alcanzar a los contratados laborales; por otra parte, el apartado primero -- del mismo artículo, al describir los principios rectores de la actuación de la Administración Pública, acaso permitiese justificar, en virtud de tales principios, la cuestión planteada. De todas formas, si bien es cierto que el personal la boral de las Administraciones territoriales y de sus Organismos Autónomos presta sus servicios para una "Administración Pública", el tema se difumina hasta lo indecible en el supuesto de las Empresas Públicas. En el fondo, todo se reconduce a delimitar con precisión lo que es la Administración Pública, con lo cual el problema entraría en un terreno muy resbaladizo, que si bien no escapa, tampoco entra de lleno en el objeto de la presente tesis.

Acaso lo mejor sea que me limite a dejar la cue -
stión abierta y planteada y no intente ir más allá de la mera
dejación de constancia de algunas observaciones adicionales:

1. Parece claro que existen ámbitos del interven -
cionismo económico ejercido por empresas públicas que no tie
nen relación alguna con los grandes fines de la Administra -
ción (servir con objetividad los intereses generales). Por -
ejemplo, del INI dependen empresas de producción de alimen -
tos que acaso hayan ingresado en este holding estatal para -
mantener los puestos de trabajo en una coyuntura económica -
desfavorable para la empresa. Sería ilusorio pensar que por
este exclusivo hecho su actividad económica pasa a enmarcar -
se dentro de los grandes fines del Estado, máxime cuando si
ofrece su producción a precios políticos (por debajo de su -
coste efectivo), podría incurrir, incluso, en competencia -
desleal. De otro lado, el trabajador que pasa de encuadrarse
en una empresa dependiente del capital privado a la misma em
presa, pero controlada por un Ente Público, vería, por este
solo hecho, alterada su situación jurídica "in pejus".

2. Cuando se crea una Empresa Pública se busca, sin
duda, una agilidad mayor de gestión que puede producirse por
que en este sector de actividad no se ejercitan potestades y
por lo tanto, no se defienden directamente los intereses ge -
nerales. Es así que no tiene sentido que la situación jurídi -
ca de su personal escape al Derecho Laboral general que se -
contiene en el Estatuto de los Trabajadores. Cuando, por ra -

zón de la naturaleza de la actividad, el bien común pudiese estar más directamente afectado, lo coherente sería crear un Ente u Órgano sujeto de pleno al Derecho Administrativo, como un Organismo Autónomo o un Órgano Especial de Gestión sin personalidad diferenciada, e incluso hacer provisión de plazas de funcionarios. En resumen, quiero significar que cuando el intervencionismo económico exija agilidad de gestión - con ejercicio de potestades, hay que partir de la plena sumisión del entramado intervencionista al Derecho Administrativo, entonces la supremacía especial sobre los contratados laborales podría aparecer como más justificable, con la salvedad que se apuntará acto seguido en la observación tercera; pero esto no puede ser así, en principio, para el caso de - las Empresas Públicas, puesto que su forma jurídica denota - el no ejercicio de potestades.

3. También parece claro que si la Administración - puede elegir entre diversas fórmulas para tener personal a - su servicio (funcionario de carrera, interino (20), contratado laboral, etc.), lo coherente sería que el tipo de vinculación se estableciese según su inserción o no en el área de - la potestad doméstica, y no habría necesidad alguna de inducir al confusionismo ni de desnaturalizar el Derecho del Trabajo.

4. No existe inconveniente legal alguno en forzar la redacción de contratos de trabajo para el personal labo-ral del sector público, que contengan un sistema tan estricto como se quiera de incompatibilidades. Ahora bien, preten-

der una modificación legal a posteriori, como lo hace la ley 20/1982, de 9 de junio, de su situación jurídica en cuanto a compatibilidades, supone una clara discriminación con respecto a los trabajadores del sector privado que, a mi entender, no encuentra cobertura constitucional en el artículo 103.1 y en cambio vulnera los principios constitucionales de igualdad (artículos 14 y 9.2) e incluso de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales (apartado tercero del citado artículo nueve), puesto que el alterarse normativamente su situación jurídica para el futuro existe, cuando menos, una retroactividad de grado mínimo. En este sentido, me remito también a lo que ya precisé cuando colaboré con el profesor VILLAR PALASI en el, tantas veces citado, comentario al artículo noveno de la Constitución.

Otro tema, en este caso relativo a la situación jurídica del personal en régimen de Derecho Laboral, donde pugna por entrar la potestad doméstica, se da en el caso de los convenios colectivos. Recuérdese que el artículo 37.1 de la ley de leyes dispone que:

"La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios".

Parece, pues, de sentido común que ni aún el Parlamento, mediante ley, está investido de potestad para imponer

de forma unilateral algunos extremos esenciales de esta negociación colectiva, como puede ser el incremento máximo de la masa salarial. En este sentido, la redacción de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos del Estado para 1984, - contiene previsiones en la materia que, según entiendo, se - sitúan fuera de los límites de la legalidad constitucional; así, cuando su artículo 2.3 dispone que el incremento de la masa salarial global de los contratados laborales que pres - tan sus servicios en los entes que integran el sector público (incluidas las sociedades estatales), no puede rebasar el 6'5%, se está dando una intervención que escapa de las potes - tades que puede ejercer válidamente el Estado.

Supongamos que en un determinado convenio colectivo se supera esta cifra. Automáticamente, la argumentación - del Estado iría encaminada a plantear la nulidad del exceso retributivo sobre el 6'5%, puesto que ésta sería reflejo del grado máximo de invalidez que se predicaría del acto separa - ble de un órgano administrativo que, al contravenir en la ne - gociación el artículo 2.3 de la Ley 44/1983, de 28 de diciem - bre, actuaría con manifiesta incompetencia.

Personalmente, entiendo que un planteamiento tal - es erróneo, puesto que al ser inconstitucional el artículo - 2.3 de la Ley de Presupuestos del Estado, no puede haber in - competencia alguna. En todo caso, si el tema llegase a la Ma - gistratura de Trabajo, lo coherente sería que el Magistrado de referencia accediese a plantear la correspondiente cues - tión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

No dudo que con pleno respeto a la legalidad establecida pueda lograrse una política eficaz de contención del incremento de las rentas salariales; de hecho, bastaría con vincular mediante un acto de mando la actuación de los órganos encargados de negociar, por parte de las Administraciones Públicas, los convenios colectivos; pero esa es una manera de proceder similar a la empleada por muchas empresas privadas, que permite la negociación, no "violenta" el Derecho del Trabajo y no coacciona psicológicamente a los trabajadores, los cuales, al igual que todos los ciudadanos cumplidores de las leyes, tienden a ver en éstas algo "intocable", - aún en el supuesto de que su validez sea más que discutible.

En resumidas cuentas, entiendo que es urgente, independientemente de las conclusiones a las que se llegue, la apertura de un debate doctrinal sobre la actual extensión de la supremacía especial a toda aquella persona que preste su trabajo, independientemente del tipo de vinculación, a una Administración, cuyo crecimiento reduce día a día la esfera de la sociedad civil, lo que da lugar (a menudo al margen de razones objetivas de interés público) a que las potestades estatales estén cada día más cerca y operen con mayor intensidad sobre la vida ordinaria del ciudadano. En lo referente a los funcionarios, repito que no puede ser válida ninguna restricción de sus derechos con respecto a los básicos del común de los trabajadores, contenidos en el correspondiente Estatuto (Ley 8/1980, de 10 de marzo), que no tengan una clara justificación constitucional.

3.2. La polimorfía de la noción de Servicio Público impone una consideración puntual de la extensión de la potestad doméstica en cada uno de los servicios públicos

Han sido clásicas las dificultades doctrinales para encontrar una definición del Servicio Público que, además de poder ser aplicada con universalidad a todos los supuestos legales en los que la expresión aparece, pudiera sentar las bases de una unicidad mínima de régimen jurídico. De ahí lo razonable de las posturas tendentes a renunciar a su conceptualización, a hacer hincapié en su polimorfía, o a acuñar nuevas ideas destinadas a señalar que existen "servicios públicos, pero menos" (valga la expresión), como las de Servicio Público Virtual, Servicio Público Impropio y Servicio de Interés Público.

Personalmente, cuando me corresponde ilustrar a las futuras generaciones de juristas sobre algo tan inasible, después de prevenirles sobre lo controvertido de la cuestión, y de que cabe mejor formarse una idea acerca de lo que Servicio Público significa, que un concepto propiamente dicho, intento centrar esta idea sobre la estabilidad de un trípode - cuyas bases de sustentación son:

a) Una descripción de las características que "suelen" ser predicables en amplia medida de los supuestos legales empíricos de Servicio Público.

b) Una noción mínima, de actividad destinada a la prestación de bienes y servicios, en sentido económico, calificada

ficada explícita o implícitamente como tal servicio público, al rebasar el intervencionismo existente las meras potestades ordinarias de policía administrativa.

c) Una noción máxima de actividad prestacional que, por causa de una publicación legal, pasa de ser titularidad de la Sociedad Civil a serlo del Estado, a través de un determinado Ente Público, independientemente de que éste la gestione directamente (sin o con reserva de monopolio), de forma mixta o de que devuelva dicha gestión a la Sociedad Civil mediante concesión u otros contratos administrativos.

Así lo explico porque, consideraciones políticas e históricas aparte, así lo entiendo desde el Derecho.

Fácilmente se observará que de estas tres bases sólo la última de ellas no tiene desperdicio. El análisis empírico de características tiene una validez conceptual relativizada a la frecuencia estadística; la noción mínima a menudo sobrepasa la mera aglutinación en un mismo cajón de varias potestades de policía algunas veces entremezcladas con la idea de fomento, cosa comprobable con sólo diseccionar en potestades elementales cualquier Servicio Virtual o de Interés Público; ahora bien, lo que jamás puede ser explicado con el recurso a la policía o al fomento es la asunción pública de titularidad de determinada actividad prestacional, que es lo único que justifica, en lo lógico, al Servicio Público como concepto, puesto que rebasa lo que se entiende como "policía administrativa" a partir del liberalismo.

La titularidad pública de una actividad, independientemente del modo de gestión de ésta, permite defender adecuadamente intereses generales de tal relevancia que no pueden quedar sujetos a los móviles económicos de la Sociedad Civil, pero conlleva una concentración casi absoluta de poder en manos del Estado. De ahí deriva la incardinación del Servicio Público en la potestad doméstica de la Administración, pero de ahí se deduce también la razón por la cual el Servicio Público, al estar tan penetrado de poder, comienza a contagiarse de la borrosidad de lo mistificado y de los "arcania imperii"; por demás, se hace comprensible que la dinámica expansiva del poder tienda a difundir en la norma una noción que, como la de Servicio Público, la favorece objetivamente.

De lo expuesto, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Cuando la "publicatio" alcance el grado máximo de asunción pública de titularidad de la actividad, el Servicio Público entra plenamente en la potestad doméstica de la Administración y se producen, con notoria intensidad, relaciones especiales de sujeción.

2. Cuando la norma defina un Servicio Público sin que se dé la titularidad estatal de la prestación, no existe inserción alguna del mismo en el ámbito doméstico de la Administración y, por lo tanto, las potestades ejercitables son necesariamente más limitadas.

3. En la Constitución aparecen límites objetivos - que impiden la publicación en grado máximo de determinadas materias. Quiero referirme, en concreto, a los Derechos y Libertades Fundamentales.

Por una parte, cuando la Constitución consagra esferas de libertad civil, lo hace precisamente para evitar - que sean invadidas por el poder del Estado. Consecuentemen - te, no cabe estatualizarlas mediante una "publicatio" máxima.

De otro lado, derechos como la educación, comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de nuestra Carta Magna, difícilmente pueden entrar en el ámbito de la potestad doméstica, cuando el artículo 53.1 de la ley de leyes excluye por entero del reglamento la regulación de tales derechos y libertades. A mí me cuesta imaginar que en algo "propio" de la Administración, ésta no tenga potestad reglamentaria (21).

Sin ánimo de entrar a fondo en los detalles, observo que en materia educativa hay una clara tendencia a su conceptuación como Servicio Público, que arranca del artículo - 3.1 de la Ley General de Educación y persiste en las nuevas leyes que han procedido a su reforma. En concreto, la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, de Centros Docentes, no des - mintió a la L.G.E. (que quedaba parcialmente vigente) en este extremo. Con posterioridad, idéntica calificación de servicio público para la enseñanza, en sus distintos niveles, - puede ser observada en el artículo 11 de la Ley de Reforma -

Universitaria, de 25 de agosto de 1983, así como en la todavía "non nata" L.O.D.E.

En ninguno de estos casos el Servicio Público puede tener un alcance tal que llegue a estatizar la titularidad de la materia, simplemente porque se negaría la libertad de enseñanza prevista en el artículo 27 de la Constitución. De ahí que sean útiles ciertas aclaraciones, como su inclusión dentro de los Servicios Públicos Impropios por parte de VILLAR PALASI (22) y de GOMEZ-FERRER (23), como asimismo las aportadas por GARRIDO FALLA (24), cuando señala que de la -- educación no es predicable, en modo alguno, el monopolio estatal, e incluso los argumentos de VILLAR EZCURRA (25) en el sentido de que *"lo que se publica no es tanto la titularidad en la actividad de la enseñanza, sino las condiciones de su ejercicio"*.

Valga este breve ejemplo sobre el Servicio Público de la Educación para aportar luz sobre la tercera conclusión, cuya sola enunciación la hubiera dejado un tanto imprecisa.

4. LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACION EN SU ACTUACION

La Administración, cuando actúa regida por su Derecho propio, lo hace precisamente a través del ejercicio de una potestad. De hecho, el acto administrativo, en sí mismo considerado, tiene tal carácter. No obstante, y conforme se verá en el primer apartado del presente epígrafe, el ejercicio de potestad consustancial al acto administrativo no obsta para que, si se le analiza desde una perspectiva complementaria, pueda llegarse a la conclusión de que es un negocio jurídico.

La problemática general de la actuación administrativa no se agota, sin embargo, en el acto administrativo. Existen importantes técnicas a él conexas, destinadas a proveerle de una singular eficacia, y que tienen a su vez el carácter de potestades públicas; me refiero tanto a los denominados "privilegios de la Administración", como a la coacción administrativa y los medios a través de los cuales éstas opera. Por supuesto, de conformidad con la orientación general de la tesis, que no es mi propósito abordar los citados temas de forma exhaustiva, pero sí en lo que tenga relación -- con este centro condensador que es la potestad, sobre todo -- cuando de la Constitución se deduzca la necesidad de una imperiosa revisión y replanteamiento.

Por fin, no es de desdeñar la presencia de potestades, incluso cuando la Administración actúa en régimen de De

recho Privado, fenómeno que también será objeto de consideración aparte, puesto que la afirmación de la instrumentalidad, para la Administración, del uso de las ramas Mercantil y Civil del Derecho, obedece a una realidad profunda que va mucho más allá de los tópicos y lugares comunes.

4.1. Una falsa disyuntiva: ¿El acto administrativo, es un negocio jurídico o el ejercicio de una potestad?

Es sabido que una serie de autores, cuyos exponentes más significativos sean acaso ZANOBINI (26) y KORMANN -- (27), han entendido, a la hora de precisar la naturaleza jurídica del acto administrativo, que se trataba de una manifestación de la noción genérica "negocio jurídico". Tal postura, bien sea de forma explícita, bien implícita, ha sido seguida en España por la inmensa mayoría de la doctrina ius-administrativista. A título de ejemplo, éste sería el caso de BOQUERA OLIVER (28), GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ (29), GARRIDO FALLA (30), MARTIN MATEO y un largo etcétera de nuestros más cualificados autores. También ENTRENA CUESTA (31) sigue una línea parecida, aunque situándose en un concepto más genérico que el negocial, cual es el de acto jurídico.

Yo mismo, en mis "Lecciones de Contratación Administrativa" (32), partí de la perspectiva negocial en el enfoque del acto administrativo, precisamente para demostrar -

que los contratos administrativos no son sino negocios jurídicos bilaterales, y afirmar consecuentemente su auténtica - naturaleza contractual.

En cambio, otra corriente doctrinal, de la que destacó los argumentos aportados por VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA (33), se opone con fuerza al criterio señalado. Esos - autores definen el acto administrativo como un *"elemento singular de potestad en aplicación del ordenamiento jurídico, por parte de un órgano de la Administración Pública, dentro de la esfera de su competencia, por el que se crea, extingue, modifica o tutela una situación jurídica individualizada"*.

El planteamiento negocial es contestado por dichos autores, con las siguientes ideas fundamentales:

a) La teoría del negocio jurídico únicamente puede comportar que se enfatice una peligrosa autonomía de la voluntad administrativa, que puede acercarse excesivamente a la arbitrariedad.

b) En el origen histórico del acto administrativo no existe ninguna perspectiva negocial, sino una visión política del fenómeno, que responde a la antigua distinción entre "actos de autoridad" y "actos de gestión", clasificación que venía dada según actuara la Administración con "imperium" o desprovista de él como una persona privada más y cuya repercusión más importante se basaba en la imposibilidad de que los jueces fiscalizasen los actos de autoridad, según la máxima de LAFERRIERE: "Juger l'Administration c'est encore -

administrar".

Personalmente pienso que ninguno de ambos razonamientos contradice el carácter negocial del acto administrativo. Estoy de acuerdo en que es peligroso enfatizar la autonomía de la voluntad de la Administración más allá de sus justos límites; pero para ello sería preciso que se rebasase el ámbito de discrecionalidad actuacional que la norma concede a la Administración, cuando éste fuese el caso. La idea de fondo que preside lo que se acaba de decir, aparece con meridiana claridad en GARCIA DE ENTERRIA y T.R.FERNANDEZ -- (34), cuando afirman que la discrecionalidad es una libertad de elección entre indiferentes jurídicos y que está insita en el gobierno humano, el cual no puede ser reducido a un juego automático de las normas; la apreciación de criterios de oportunidad y de las diversas circunstancias en las que se desenvuelve la vida, la política, a fin de cuentas, no se puede separar razonablemente de la actuación administrativa. Es más, el propio VILLAR PALASI (35) no ha sido tampoco ajeno a la identificación entre discrecionalidad y autonomía de la voluntad. En el fondo, me parece que la postura de VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA al respecto, entiendo que pasa por una determinada concepción del negocio jurídico, muy semejante a la sustentada por CASTAN TOBEÑAS (36), que induce a identificar en todo caso "autonomía de la voluntad" y "negocio jurídico", cuando la relación de equivalencia de esta última categoría, se da más bien con la "declaración de voluntad", aún cuando ésta no revista autonomía de ningún tipo. A

modo de ilustración, un acto reglado sigue siendo tan negocio jurídico como otro de carácter discrecional, pese a que la norma no ofrezca margen de juego alguno al libre albedrío. Todo esto no debiera resultar extraño si se tiene en cuenta que no he hecho más que seguir la idea brillantemente enunciada por DE CASTRO (37), según la cual tan fundamental como la declaración de voluntad es para el negocio jurídico la sujeción de ésta a la norma, puesto que va a ser ella precisamente la que permita a la voluntad que se produzcan los efectos queridos (piénsese, por ejemplo, en la teoría de la mal denominada "conversión" del negocio jurídico). De esta forma, aún cuando tendiese a cero el libre albedrío de una voluntad, ésta no perdería su carácter. En el fondo DE CASTRO resume maravillosamente esta cuestión cuando dice que no se puede pretender una correcta comprensión del negocio jurídico a partir del mero y exclusivo análisis del valor psicológico de una conducta.

Por lo que se refiere al origen histórico, procesal y político del acto administrativo, es preciso aclarar varias cosas:

En primer término, la anterioridad de la idea de acto administrativo, con respecto a la de negocio jurídico (38), hacía difícil una formulación inicial del primero como subcategoría del segundo. E incluso, no me extraña que a posteriori hayan existido importantes reticencias en la reconceptuación del acto administrativo como negocio jurídico. De hecho, esta última es una noción acaso demasiado teórica y -

abstracta, alumbrada en su momento para atender a una ques -
tión muy concreta (justificar la licitud de la causa del pre -
cario) y, lo que es más, si el concepto no se delimita con -
exquisita exactitud, podría ser peligroso aplicarlo al acto
administrativo.

En segundo lugar, si se me apura, incluso me atravesaría a decir que bajo la actual noción de acto administrati -
vo, se incluyen también algunos "actos de gestión", aunque -
no todos ellos, por supuesto. Desde luego, no se puede soste -
ner que en la enajenación de bienes del patrimonio del Esta -
do, el acto administrativo separable sea "de autoridad". Se
trata de un acto de gestión diáfano sometido a un régimen --
exorbitante (T.A. aprobado por decreto 1.022/1964, de 15 de
abril, desarrollado por el decreto -reglamento en este caso -
3.588/1964, de 5 de noviembre). Es más, a pesar de algunos -
privilegios procesales posteriores, en su caso, a la enajena -
ción, en el acto separable, como tal, no se da ejercicio al -
guno de potestades y, sin embargo, sigue siendo administrati -
vo. De no ser así, la solicitud de declaración de invalidez
del acto separable no podría fundamentarse en los artículos
47 y 48 de la L.P.A. y quedaría la exclusiva posibilidad de
alegación de vicios conforme al Código Civil.

De todas formas, éste es un tema que sólo quiero -
dejar apuntado como sugerencia, tanto porque obedece a un -
pensamiento no suficientemente desarrollado por ahora, como
porque abordarlo en profundidad supondría hurgar en el con -
cepto mismo de Derecho Administrativo, puesto que nos encon -

tramos disposiciones estatutarias de la Administración que - no tienen el carácter de Derecho Público, al estar ausente - el ejercicio de potestades. Repito que es mi deseo dejar la cuestión en una mera sugerencia, la cual, si después de una reflexión más profunda, merece ser tomada en consideración, la abordaré en su día, fuera del marco de la presente tesis doctoral.

En tercer y último término, aún si se da por des - contado que los actos administrativos encierran el ejercicio de una potestad (lo cual será cierto, al menos, en el noventa y nueve por ciento de los casos), ello no contradice la - teoría negocial.

Para mí, es de obligada conclusión que el acto administrativo puede ser analizado a partir de dos perspecti - vas igualmente válidas; la de la potestad, que establece su conexión directa e inmediata con la política, y la negocial, inspirada en criterios puramente jurídico-formales. A modo - de resumen, el acto administrativo es un negocio jurídico, - cuyo contenido voluntarista plasma en el ejercicio de una po - testad. Por lo tanto, los dos planteamientos analíticos bási - cos sobre su naturaleza son complementarios y no contradictorios. Esto es algo así como la discusión entablada entre -- ilustres civilistas sobre si la medianería es una servidum - bre o una copropiedad. Tampoco ha brillado la luz de que se puede tratar de una cosa u otra según la óptica de referen - cia: cuando se la enfoca como derecho a ser constituida (in fieri) es una servidumbre, mientras que una vez existente -

(in facto esse), se trata de un condominio.

En realidad, la visión que se ha ofrecido del acto administrativo, más ecléctica que propiamente sintética, está implícita en la definición que hacen del mismo GARCIA DE ENTERRIA y T.R.FERNANDEZ (39), como "potestad de imperio, de índole, de cumplimiento y de deber realizable por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa, - distinta de la potestad representativa".

Es preciso aclarar, para no dejar resquicio a la - duda, que las declaraciones de juicio, conocimiento o deseo, en cuanto tiendan a producir efectos jurídicos, no pueden liberarse de una componente voluntarista, que las inscribe de pleno derecho entre los negocios jurídicos.

4.2. La limitación constitucional de potestades en el aseguramiento de la eficacia del acto administrativo

Acaso no esté de más recordar que si la norma re - presenta el deber ser genérico y el acto administrativo la - concreción de este deber ser para un caso concreto, no es el acto administrativo mismo el que entra en el mundo de los he - chos, sino su ejecución, voluntaria o forzosa, la que trans - forma materialmente la realidad.

Pues bien, existen una serie de potestades, englobadas bajo la noción genérica de "autotutela", tendentes a - que la propia Administración y no los Tribunales de Justicia,

asegure la eficacia inmediata del acto, y que desembocan en la arribada forzosa (40) de éste a la esfera de la vida, a través de los medios de coacción administrativa.

Quiero hacer notar que prefiero hablar de "potestades de autotutela" y no de "privilegios de la administración" por ser ésta una idea más bien propia del Derecho Privado y, pese a su permanencia residual, responder a concepciones jurídicas de épocas ya pretéritas. Acaso el actual empleo de esta noción para referirse a las potestades de autotutela, responda a las resonancias estatutarias y a la excepcionalidad del privilegio. Pero, sin duda, el carácter excepcional no debe comportar una identificación de la potestad, por naturaleza excluida del ámbito de poder legal y legítimo que pueden tener los ciudadanos como tales, con un concepto que, como el privilegio, aparte de ser ambiguo, sería empleado -- fuera de contexto.

Por supuesto, tampoco aquí voy a elaborar un estudio exhaustivo sobre la autotutela ni sobre la coacción administrativa. Mi intención es simplemente mostrar que en algunos casos, esta situación puede producir la indefensión del particular, interdicta por el artículo 24 de la Constitución. Me centraré, pues, en la regla "solve et repete" y en la ejecutoriedad del acto administrativo, sumada ésta al apremio sobre el patrimonio. En ninguno de ambos casos, las técnicas y medio de coacción referidos generan, por necesidad, una situación de indefensión; la cual podría producirse, sin embargo, cuando el montante económico derivado del acto adminis -

trativo condujese al particular hacia una situación que pudiese producirle perjuicios de difícil o imposible reparación.

De la regla "solve et repete" poco hay que añadir a lo que ya ha sido publicado, y menos después de una magnífica tesis por la que se colacionó el grado de doctor al profesor EUGENIO GUTIERREZ (41); no obstante, creo importante reseñar algunas breves ideas.

Como es sabido, la regla "solve et repete" supone la necesidad de que se pague o deposite la cantidad que un acto administrativo establece como deuda del particular a la Administración, como requisito necesario para que dicho acto pueda ser siquiera impugnado, siempre y cuando la ley así lo estableciese. Se trata de una técnica independiente de otra potestad administrativa de autotutela, la de ejecutoriedad de los actos administrativos, a la cual viene a complementar, reforzándola.

En la evolución histórica del "solve et repete", puede observarse que esta regla ha ido perdiendo de forma paulatina su extremo rigor inicial. La doctrina ha solido entender que ello ha sido debido a la aparición de supuestos de indefensión, de denegación de justicia y a que, por sí fuera poco, la Administración disponía de garantías más que suficientes para asegurar el cobro de sus créditos, dado el carácter privilegiado de éstos y por razón de la posibilidad de proceder a un rápido embargo de bienes a través de la vía de apremio. Sin menospreciar tales conclusiones, inspiradas

todas ellas en criterios progresivos de justicia, añadiré -- que las razones de fondo que han precipitado la continua pérdida de vigor de la regla "solve et repete" seguramente han sido muy distintas: parece que el origen de la potestad administrativa referida tuvo que ser el aseguramiento de que las Administraciones Públicas no pudiesen, en un determinado momento, quedarse sin las necesarias disponibilidades líquidas para hacer posible la indispensable continuidad en la prestación de los servicios públicos, puesto que éstos se nutren de las diversas figuras que constituyen los ingresos públicos, básicamente de los tributos y de su especie, las tasas.

Hoy, sin embargo, es difícil pensar en una interrupción en la prestación de los servicios públicos por causa de la carencia de recursos monetarios en poder de la Administración, debido a la configuración actual de las operaciones de Tesorería. No olvidemos que el artículo 65.1 de la Ley General Presupuestaria, autoriza al Gobierno a conceder anticipos de Tesorería para la atención de ciertos gastos -- que no admiten demora. No se olvide tampoco que, conforme se ñala FERREIRO LAPATZA (42), existe la posibilidad y la realidad de que el Tesoro se financie mediante distintos procedimientos, uno de los cuales es tan fácil, inmediato y rápido como la emisión de billetes de curso legal. Para ello sólo se requiere que el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, curse la correspondiente orden al Banco de España, con el único límite de respetar los máximos de incremento en la circulación fiduciaria, previstos en la ley anual

de Presupuestos.

En consecuencia, una vez desaparecido el fundamento económico de la regla "solve et repete", ésta deja de ser necesaria. Parece, pues, que el factor determinante de su rechazo y decadencia no han sido tanto los argumentos de justicia natural esgrimidos por la doctrina, como su innecesariedad práctica para el poder.

En algunos países -como es el caso de Italia-, ha sido declarada inconstitucional y ha desaparecido. En otros, -cual es el supuesto español-, se ha ido batiendo en franca regresión; así, la acogida legislativa de la regla "solve et repete" en el artículo 57.e) de la vigente L.J.C.A. de 1956, que impone acompañar al escrito de demanda con el documento acreditativo del pago en las Cajas del Tesoro, para el caso de los créditos definitivamente liquidados en favor de la Hacienda Pública, cuando proceda con arreglo a las leyes; se prevén dos excepciones, la que figura en el artículo 132.2 - de la misma ley (habilitación como pobre) y la que deriva de la justificación del pago durante el procedimiento administrativo.

Por otra parte, tampoco es de desdeñar la paulatina progresividad que ha sido introducida, en su interpretación, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, ya en la década de los sesenta, admitió el depósito, la consignación y el aval, como fórmulas equivalentes al pago. En el caso del aval, la importancia de su permisión es extraordinaria, en cuanto que a diferencia del pago, la consignación y

el depósito, el importe de la cantidad adeudada a la Administración no se ingresa para recurrir, sino que únicamente se procede al aseguramiento efectivo de las posibles responsabilidades pecuniarias. Por demás, el Tribunal Supremo también ha interpretado la expresión del artículo 57 L.J.C.A., en el sentido de que la regla "solve et repete" sólo puede ampararse en una ley formal y nunca en una norma escrita inferior en rango a ésta (ley material); aunque sí admitía una excepción, puesto que cuando la presunta deuda derivase de la potestad sancionatoria administrativa, podía ampararse la regla en disposiciones de carácter reglamentario. Pues bien, incluso este residuo de regresividad ha desaparecido hoy, puesto que en un ejemplo claro de sanciones administrativas, las multas de tráfico, desde el año 1981, existe jurisprudencia que niega la aplicación de la regla "solve et repete" contenida en el Código de la Circulación, dado su rango de Decreto.

Por lo demás, el artículo 24 de la Constitución, al hacer interdictas las situaciones de indefensión de los particulares, si bien no niega de plano la posibilidad de existencia de la regla "solve et repete", en cambio excluye de su ámbito de aplicación aquellas situaciones en las que se pudiera producir una clara indefensión. Pensemos en su puesto que han llegado a tener trascendencia en los medios de comunicación de masas, como la pretensión administrativa de cobro de sumas inauditas que derivan de errores en la entrada de datos en los modernos sistemas informáticos de que

disponen los poderes públicos y que a veces nadie se ocupa - de corregir. En estos supuestos, al particular no le es dada otra posibilidad que arruinarse a sufrir daños patrimoniales considerables si quiere recurrir. De ahí que se esté ante - una situación odiosa de indefensión práctica, la cual ha de excluir forzosamente la aplicación de la regla "solve et repete".

Por último, quiero apostillar que si esta potestad administrativa está condenada a ser conflictiva siempre, y - además es innecesaria para el poder, sería de sentido común que el legislador ordinario se ocupase de eliminarla definitivamente de nuestro ordenamiento jurídico.

Es evidente que, aún cuando desapareciese la regla "solve et repete", las Administraciones Públicas seguirán teniendo suficientes garantías para hacer efectivos sus créditos, a través del principio más general de ejecutoriedad de los actos administrativos, el cual tiene en la L.P.A. un tratamiento algo más "civilizado" que el otorgado por la L.J.C.A. a la regla que acaba de ser objeto de estudio.

La ejecutoriedad de los actos administrativos que, a diferencia de la ejecutividad o presunción de validez, equivale a la necesidad de su cumplimiento inmediato, se regula en los artículos 101 a 103 de la L.P.A. De ellos interesa - ahora observar lo dispuesto en el artículo 101, el cual establece el carácter inmediatamente ejecutivo de los actos y acuerdos de la Administración del Estado. La mayor "civiliza-
ción" de la L.P.A. viene a cuento de las excepciones al ca-

rácter ejecutorio de los actos administrativos, que están --
constituídas por:

- Los supuestos legales o reglamentarios en sentido contrario.

- La necesidad de aprobaciones o de autorizaciones superiores.

- La posibilidad, prevista en el artículo 116 de la L.P.A., para la autoridad encargada de resolver un recurso, - de suspender la ejecutoriedad cuando se pudiesen producir perjuicios de imposible o difícil reparación o existiese nulidad de pleno derecho del correspondiente acto administrativo.

Pues bien, cuando el acto administrativo no es cumplido voluntariamente, nuestra legislación de procedimiento administrativo da entrada a la coacción. En concreto, el artículo 102 solamente exige el previo apercibimiento y los - 104 ss. se ocupan de describir en detalle los medios de coacción administrativa y su ámbito respectivo de operatividad.

Ya dije que la progresiva pérdida de vigencia de - la regla "solve et repete" podría verse compensada, casi por entero, por el empleo de la ejecutoriedad, combinada con esta forma de coacción administrativa que es el apremio sobre el patrimonio (artículo 104.a) L.P.A., desarrollado básicamente por el Reglamento General de Recaudación, Decreto núm. 3.154/1968, de 14 de noviembre).

No es mi intención abogar en el sentido de que se

siga en España un sistema judicializado, parecido al "Rule - of Law" británico; ni siquiera la inspiración de nuestro ordenamiento en derechos de corte continental que, como el alemán actual, casi desconocen la ejecutoriedad. Más bien pienso que estaría en mejor sintonía con el carácter democrático de nuestra Constitución actual (aunque lo contrario no tenga por qué ser inconstitucional), el establecimiento de un principio general de no ejecutoriedad de los actos administrativos, y fuese la legislación sectorial la que, por motivos de inmediatividad en la consecución de los fines propios de la actuación de las Administraciones Públicas, lo introdujese en cada supuesto concreto. Predico, en suma, que el principio general del Derecho de proporcionalidad entre medios y fines pase a ser un criterio básico inspirador del "rol" del legislador.

Si se sigue con las analogías entre ejecutoriedad más apremio y regla "solve et repete", se observará que, por fortuna, la posibilidad de que se suspenda la ejecutoriedad cuando pudieran producirse perjuicios de imposible o difícil reparación, tiende a evitar aquí situaciones de indefensión, existiendo una especie de concordancia preestablecida entre el artículo 116 L.P.A. y el 24 C.E.; pero ¿se ha parado alguien a pensar que la exigibilidad de las multas por vía de apremio es tan lógicamente innecesaria como la regla "solve et repete" en su integridad?

Si la vertiente patrimonial de una multa es una -

consecuencia de su peculiar carácter de sanción, está claro que a las Administraciones Públicas no debe importarles la - inmediatitud de su cobranza, puesto que el funcionamiento regular de los servicios públicos ha de fundamentarse en ingresos de los Entes Públicos que tengan directamente atribuido este carácter y no en aquéllos que lo tienen de forma mediata, cual sería el supuesto de las sanciones pecuniarias. Pensar otra cosa equivaldría a decir que las multas, lejos - de su finalidad represiva y preventiva son, de hecho, una - fuente más de ingresos ordinarios de los Entes Públicos, lo cual se contradice de pleno con la mensurabilidad de las potestades según su funcionalidad de tutelar la debida efectividad de los intereses generales.

Es lógico que ingresos como los tributarios, previstos para el funcionamiento regular de las instituciones y servicios públicos, sean establecidos por actos ejecutorios, realizables por vía de apremio; en cambio, es incoherente - con un Estado democrático (sea ello legal o no), que las sanciones pecuniarias administrativas puedan ser exigidas por idéntica vía, puesto que los Entes Públicos no necesitan su inmediata cobranza.

Ya se habrá observado que no he pretendido más que "dibujar" un ejemplo concreto de la urgente necesidad de revisión de potestades administrativas cuya fuerza va más allá de la satisfacción de los intereses generales en sí mismos - considerados. La idea de fondo que me ocupa es hacer ver la necesidad de una revisión integral de la autotutela adminis-

trativa y de reclamar que la necesaria fortaleza del Estado democrático, permita un Derecho Administrativo orientado en lo posible al ciudadano, al que ya nunca jamás haya que volver a denominarle "administrado".

4.3. La Administración, cuando actúa en régimen de Derecho Privado, no pierde totalmente su posición de "potentior personae"

Bajo este epígrafe no voy a abordar, ni mucho menos, un estudio completo de la actuación de las Administraciones Públicas bajo régimen de Derecho Privado. De un lado, parte de esta importante labor ha sido ya efectuada en la tesis, en relación con el tratamiento de la denominada supremacía especial: se vio cómo la tendencia actual del Derecho español va hacia una progresiva asimilación (al menos en cuanto se refiere a deberes, obligaciones y cargas) del personal contratado en régimen laboral, a las personas que tienen para con la Administración una relación de prestación de servicios amparada en el Derecho Administrativo. De otro lado, tampoco sería congruente con el objetivo y finalidad que esta tesis persigue, entrar en el análisis en profundidad de la empresa pública.

Sin embargo, existe otro tema trascendental que no puede dejar de tener el oportuno tratamiento y consideración. Este es, precisamente, el que hace referencia a algunos de los más importantes privilegios que tiene la Administración.

tración pese a actuar sujeta, en principio, como un particular más, al Derecho propio de la sociedad civil. Me refiero, sobre todo, a las reclamaciones previas al ejercicio, contra la Administración, de acciones civiles y laborales.

Recuérdese que acabo de citar la palabra "privilegio" y no lo he hecho en vano, puesto que no nos encontramos aquí ante actuaciones positivas de los Entes Públicos - que emanen de un "imperium" derivado de la Soberanía, sino ante técnicas protectoras del singular status jurídico de - que disfrutaban las Administraciones Públicas y que se articulan como obligaciones del ciudadano conexas a su derecho al ejercicio de la acción procesal.

No es tanto cuestión de preguntarse aquí sobre la legitimidad de tal situación como de intentar comprenderla, y lo cierto es que la temática de las reclamaciones previas recuerda el origen histórico, ordinariamente aceptado, del Derecho Administrativo como conjunto de reglas exorbitantes al Derecho Común, que tienden a dispensar una protección singular a la Administración, singularmente en su vertiente de fisco.

Es más, sólo el hecho de entrar en esta cuestión, al hilo del Derecho actual, me permite comprender plenamente este hecho histórico, puesto que sin duda, la razón última que justifica la existencia de un régimen de reclamaciones previas en cuestiones de Derecho privado y no directamente relacionada, por lo tanto, con las potestades de la Administración, es que la Hacienda Pública es una (para ca-

da entramado organizativo, se entiende).

Acaso el párrafo anterior, surgido al hilo de una idea que de pronto se me ha aparecido muy clara, quede un tanto críptico y, en consecuencia, paso acto seguido a explicarlo con detalle: Independientemente del régimen jurídico al que se sujete cualquier acto de la Administración, las consecuencias patrimoniales de aquél afectarán, directa o indirectamente, a la misma caja, de la que sale el dinero que hace posible la actuación administrativa general y, por lo tanto, el ejercicio de sus potestades. De ahí la necesidad de que el fisco reciba una fuerte tutela, aún en el caso de que las consecuencias patrimoniales de determinados actos no deriven de relaciones jurídico-públicas.

Con el régimen de las reclamaciones previas, un tanto disperso entre la legislación de procedimiento administrativo, procedimiento laboral, militar, de enjuiciamiento civil, e incluso de entidades estatales autónomas, se persigue sobre todo, que los órganos de defensa jurisdiccional de la Administración (no en vano dependientes del Ministerio de Economía y Hacienda), se enteren a fondo de la cuestión planteada; de ahí las constantes alusiones de los artículos 140 y 141 L.P.A. a la Dirección General de lo Contencioso, en materia de reclamaciones civiles, y la necesidad de que se informe al abogado del Estado (artículo 145) de las reclamaciones laborales. Se trata, fundamentalmente, de preparar mejor la defensa procesal de la cuestión y só-

lo lateralmente de darle una respuesta u otra al administrado. Por esta causa, reclamaciones previas y recursos administrativos, aunque las primeras puedan cumplir de refilón una función semejante a los segundos, son cosas distintas. Ni siquiera el agotamiento del plazo de 2 meses desde que se resuelva denegatoriamente la reclamación civil, o de 4 meses desde que exista silencio, para presentar la demanda, excluye la posibilidad de darse ésta si la acción de fondo no ha prescrito y se procede a formular una nueva reclamación civil previa ante la Administración (artículo 142 de la LPA).

En idéntico sentido, el artículo 49 de la Ley de Procedimiento Laboral, T.R. aprobado por decreto 1.568/1980, de 13 de junio, hace la siguiente previsión:

"En la demanda no podrán introducirse variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos sobre los formulados en la reclamación previa".

Está claro que la vinculación de los fundamentos de hecho de la demanda a lo expresado en la reclamación laboral previa, está directamente orientada a evitar que se intente engañar a la abogacía del Estado.

Sobre la oportunidad de la existencia de las reclamaciones previas, sólo un breve apunte: Si en una eventual reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo, parece que habría que tender a dejar los recursos administrativos como facultativos para el ciudadano, puesto que su o-

bligatoriedad no existe siquiera en Francia (cuna del "Régime Administratif") y tales recursos administrativos inciden también sobre actos con consecuencias patrimoniales, parece que no hay razón alguna que permita abogar por el mantenimiento de las reclamaciones previas, que de permanecer, debieran ser reducidas a un mero papel de recursos en vía administrativa contra actos no administrativos, y con carácter de optativos.

Otra razón de fondo en apoyo de lo dicho, estriba en que los plazos de las leyes de enjuiciamiento son sobradamente aptos para que las partes preparen una defensa en condiciones de sus respectivas posturas, sin necesidad de mayores especialidades, máxime cuando una de ellas, la Administración, está obligada a actuar con arreglo al principio constitucional de eficacia (artículo 103).

En todo caso, el régimen privilegiado protector del fisco, que se contiene básicamente en el Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso, de 21 de enero de 1925, y en el Reglamento Orgánico de los Abogados del Estado, de 27 de julio de 1943, ratificados ambos en su vigencia por el artículo 38 de la Ley General Presupuestaria, necesita asimismo de una profunda revisión, sobre todo por lo que hace referencia a las autorizaciones para allanarse en pleito a la postura de la otra parte, o desistir. Este mecanismo, piénsese en procedimientos ágiles y tendentes más al acuerdo que a la sentencia, como los laborales, y en asuntos cu-

yo caso paradigmático pudiera ser la negociación colectiva,
puede llegar a desnaturalizar el propio proceso.

5. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION: UNA CATEGORIA INDEBIDAMENTE DESFIGURADA POR LA PRESENCIA DE POTESTADES

5.1. Ideas preliminares

Si bien es cierto que la formación histórica del Derecho Administrativo comenzó con el señalamiento de la -- exorbitancia de algunas técnicas de poder con respecto al Derecho común, no lo es menos que cuando nuestra rama del Derecho ha alcanzado una clara definición, e incluso el mayor volumen de todas ellas, resulta erróneo seguir acuñando conceptos que expresen esta exorbitancia, en lugar de depurar al máximo las grandes instituciones que se conocen desde la óptica privatista, a fin de dotarlas de un mayor grado de abstracción que permita hacerlas más universales y, por lo tanto, aplicables al Derecho Privado y al Público.

La excesiva fuerza de las concepciones privatistas en los actuales estudios sobre Derecho resulta hoy, incluso, contraproducente, hasta el punto de que al alumno debutante en Derecho Administrativo es casi conveniente sugerirle que en esta clase olvide sus primeros balbuceos, ya adquiridos en Derecho Civil, porque probablemente lo "ya sabido" le induzca a un mayor grado de confusión a la hora de empezar a comprender nuestra disciplina.

Por supuesto, la presencia de potestades en la práctica totalidad del Derecho Administrativo, introduce un ele-

mento que altera en lo sustancial la configuración privada - de las instituciones jurídicas, hasta el punto de que un contrato administrativo poco tiene que ver con otro de naturaleza privada. El gran error es pensar que un acuerdo de voluntades no semejante en estructura a los contratos ya conoci-dos por el Código Civil o el de Comercio, deja, por esta razón de ser un contrato. El mismo error se reproduce también en otras instituciones distintas de la contractual.

Es precisamente el descuido en que todos tenemos a la Teoría General del Derecho, acaso por no ser disciplina -propia de nuestras Facultades, lo que provoca la persisten-cia de esta situación. Sin duda, sería conveniente ir hacia una Teoría Pura del Derecho, que más que un "invento" como -el de HANS KELSEN, fuese una gran síntesis obtenida a partir del Derecho positivo en su integridad.

En este sentido, cada vez que leo u oigo plantea -mientos tendentes a negar la sustantividad convencional de -los contratos administrativos, o a teorizar sobre la rela --ción de servicio funcionarial por contraposición al contrato, e incluso a contraponer la naturaleza jurídica de éste con -la correspondiente a unos pretendidos "actos de doble cara" o con la propia de una concesión administrativa, mucho me temo que no hacemos sino complicar, todavía más, y sobre todo de forma innecesaria, una disciplina de por sí tan compleja como es el Derecho Administrativo. Lo preocupante, con seme-jante estado de cosas, es pararse a pensar en el grado de se

guridad jurídica que puede tener el ciudadano de a pie frente a la Administración.

Aquí voy a tratar, precisamente, de señalar que la presencia de potestades en los contratos celebrados por la Administración, no desvirtúa la esencia de éstos y que temas como el de los "actos de doble cara", la naturaleza peculiar de la relación de servicio, etc. ; o bien son superfluos o bien se trata de conceptos que puede ser incluso conveniente mantener siempre que se sea consciente de su naturaleza contractual.

Antes de entrar en estas interesantes cuestiones, es preciso analizar la realidad última, la sustancia misma, de un contrato. Dado que ya traté de este tema en mis "Lec--ciones de Contratación Administrativa" (43), únicamente procede aquí ofrecer un breve resumen.

Dije que todo contrato es un negocio jurídico plurilateral y viceversa.

Entiendo por "negocio jurídico" la declaración de voluntad en el marco de la norma y por "plurilateral" la existencia de diversas voluntades en un negocio jurídico único, que procedan de varios polos de interés.

¿Por qué varias voluntades, que corresponden a intereses en principio distintos, crean un solo negocio jurídico? Simplemente, porque comparten causa.

¿Qué es la causa del contrato? No es más que la relación jurídica obligatoria, en ella misma considerada.

En síntesis, tanto desde el punto de vista objetivo como del subjetivo, que son las dos grandes teorías acerca de la causa del negocio jurídico, en el buen fin del vínculo coinciden los intereses subjetivos legales y los objetivos del propio ordenamiento, una vez que el contrato ha sido válidamente celebrado, independientemente de las aspiraciones ideales de cada una de las partes antes de contratar.

Con eso puede quedar clara la idea de base: los contratos, en su nivel máximo de abstracción, son negocios jurídicos plurilaterales. Todo lo demás que se predique de ellos son notas específicas, cuya acumulación terminará por hacernos llegar a tipos contractuales concretos, tanto en el Derecho Privado como en el Público. Otras características de los contratos no entran en el plano de lo esencial, sino que se mueven en lo natural o accidental. Así, el principio de igualdad entre las partes, conforme precisa CASTAN, solo fue considerado esencial a la figura en épocas históricas muy embebidas del espíritu de la Revolución Francesa (44) y, de hecho, la figura de los contratos de adhesión del Derecho Privado, desde incluso en esta esfera del Derecho su esencialidad.

5.2. La expansión de las potestades administrativas difumina la distinción entre los contratos privados de la Administración y los administrativos

VILLAR PALASI, en su última obra sobre contratos de

la Administración (45), se ha situado, como siempre ha sido habitual en él, fuera de los lugares comunes de las discusiones doctrinales, cuando ha enfocado el tema de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración, no por contraposición, sino como los dos extremos de una escalera en cuyo peldaño más alto estarían los contratos administrativos nominados y en el más bajo los contratos privados de la Administración. A niveles intermedios nos encontraríamos con catorce escalones más, que marcarían una gradación sucesiva, con absoluta concreción en el Derecho positivo, entre ambos extremos.

La idea, por otra parte muy acertada, del profesor VILLAR se basa en analizar, dentro de cada contrato que celebra la Administración, si se dan cuatro aspectos, que pueden adquirir dos valores cada uno de ellos. Estos aspectos son:

a) Jurisdicción competente (Ordinaria o Contencioso-Administrativa).

b) Reglas de fondo aplicables (administrativas o civiles).

c) Estudiar si se ejercitan o no potestades (lo que él denomina "privilegios posicionales de la Administración").

d) Averiguar si existe o no gasto público, lo cual redundará en la presencia o no de intervención previa y control posterior de dicho gasto.

Por permutaciones de estos elementos, obtendremos

un total de dieciséis posibilidades.

Con este planteamiento, la distinción entre contratos administrativos y privados de la Administración, empieza a carecer de sentido.

Sin embargo, lo que no explica el profesor VILLAR es la relación inicial entre el surgimiento del contrato administrativo y el ejercicio de potestades, ni tampoco que la práctica ausencia actual de límites prácticos a los ámbitos en que puede aparecer la contratación administrativa, obedece a la gran expansión, en nuestros días, de las potestades de la Administración.

En lo que a su origen se refiere, señala VILLAR -- que los contratos administrativos proceden, precisamente, de los actos de gestión y no de los actos de autoridad, puesto que los segundos, al ser actos de poder, no dan lugar a la -producción de contratos, mientras que los primeros esconden siempre una situación contractual. Según dicho autor, sucede que las pretensiones de dotar de estabilidad a algunos actos de gestión, van a originar que se aplique a éstos la inmunidad frente a la gestión ordinaria, propia, en principio, de los actos de autoridad. Este fenómeno se presenta inicialmente en los contratos de venta de bienes nacionales, de obras, y de suministros al ejército.

Pese a lo correcto de las observaciones del profesor VILLAR PALASI, queda en la oscuridad la acción revolucionaria que se estaba llevando a cabo con la venta de los bie-

nes nacionales procedentes de las desamortizaciones (46), así como el papel de la Obra Pública como técnica casi exclusiva del intervencionismo económico, en una época en la que apenas se había comenzado a vislumbrar el concepto de Servicio Público, y muchos menos el de Empresa Pública. Por demás, las especialidades procesales en los suministros militares - aseguraban que no pudiera producirse una situación de desa - bastecimiento en el ejército.

Sucedía, pues, que con los contratos administrativos en estas materias, se estaba protegiendo el ejercicio de importantísimas potestades y no era precisa apenas una legis lación especial de contratos administrativos, por cuanto la mera declaración de aplicabilidad a las contraversias sobre los mismos de un especial fuero jurisdiccional administrativo, aseguraba más que sobradamente la preponderancia de la - Administración.

Las posteriores líneas evolutivas siguieron un do - ble camino:

a) La progresiva desadministrativización de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa hace que la potestad - de juzgar escape totalmente de la Administración. Ello origi - na que cuando la Administración quiere contratar bienes o - servicios que afecten directamente al ejercicio de sus potes tades, deba introducir, a su vez, nuevas potestades en una - legislación especial. Es precisamente a principios del pre - sente siglo, al cerrarse definitivamente el ciclo judiciali-

zador de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando empieza a proliferar la legislación sobre contratación administrativa.

b) La apertura de nuevos fines públicos, casi sin horizontes, que aparece en los albores de los modernos Estados Sociales de Derecho, así como la consolidación de la borrosa técnica de intervención administrativa que es el Servicio Público, comporta una expansión tal de las potestades administrativas, que se abre la atipicidad contractual en la vigente Ley de Contratos del Estado (texto articulado aprobado por decreto 923/1965, de 8 de abril), y en su correspondiente Reglamento, de 25 de noviembre de 1975. Esta situación contribuye a la pérdida de sentido práctico de la distinción entre contratos administrativos y privados, porque al abrirse la posibilidad de administrativizar la contratación sobre cualquier materia, deja de existir un ámbito propio del contrato administrativo y, consecuentemente, la distinción teórica y apriorística comienza a carecer de sentido, convirtiéndose en un dato de puro Derecho positivo. Tanto es así, que el artículo 7 R.E.C. introduce una increíble elasticidad en la materia, puesto que permite a la ley administrativizar cualquier contrato y, asimismo, se consideran administrativos aquellos contratos directamente vinculados al desenvolvimiento regular de alto tan etéreo como es el Servicio Público, o en los que se tutela de forma especial un concepto jurídico tan indeterminado cual es el de interés público. Ante semejante planteamiento, el artículo 8 R.C.E. no puede hacer

otra cosa sino residualizar los contratos privados de la Administración.

La verdad es que, así las cosas, hay que convenir con el profesor MARTIN-RETORTILLO (47) que la duplicidad jurisdiccional, al menos en materia de contratos de la Administración, es absolutamente innecesaria.

Además, hoy la formación de la voluntad de la Administración en el contrato privado (me refiero al acto separable), está sujeta al Derecho Administrativo, que alcanza -- siempre a la competencia para contratar y a la preparación y adjudicación de todo contrato.

Por último, se observa en la disposición transitoria 2ª R.C.E. una tendencia que todavía no se ha concretado del todo, a administrativizar el régimen de contratación de los Entes Públicos que se rigen por el Derecho Privado, lo que da suficiente cuenta del actual grado de extensión de -- las potestades administrativas en la contratación patrimonial de los entes que integran el sector público.

5.3. Breves precisiones sobre algunas figuras discutidas: Actos de doble cara, relación de servicio funcional y concesiones

En plena consonancia con FORSTHOFF, me ha preocupado de afirmar la sustantividad del contrato administrativo y, por ello, creo pertinente una cita literal de dicho -

autor en apoyo de los contratos de Derecho Público, que aca
so ayude a comprender de pasada lo conflictiva que la insti
tución contractual resulta para la Administración y, por lo
tanto, la existencia de vinculaciones bilaterales de naturaleza
comúnmente borrosa:

"Los ejemplos citados muestran que no sólo pactan recíprocamente los grupos que están en plan de coordinación, sino también los que mantienen una relación de jerarquía.

*Bajo estos supuestos, no es pertinente negar car
ta de naturaleza al contrato dentro del Derecho Administrativo, como alguna vez se ha hecho, -- pues de ese modo se haría un mal servicio a la ciencia jurídica, la cual no puede desconocer fe
nómenos jurídicos firmemente arraigados en el -
uso, si no quiere perder todo contacto con la -
realidad del Derecho.*

*(...) El contrato trata de dar forma a relaciones individuales, y permite la posibilidad de adap -
tarse a una situación concreta. En esto consiste su ventaja a la par que su dificultad. Por de -
pronto, la doble vinculación puede representar -
una pesada cadena para la Administración, mien -
tras que la norma jurídica y el acto administra -
tivo pueden ser anulados unilateralmente. Esta -
cadena se convierte en peligro cuando los víncu -
los contractuales pasan de excepción a regla y -*

la soberanía estatal se encuentra prendida en sus redes" (48).

Ante una situación tal, no es de extrañar que de la misma forma acontecida en el supuesto de los servicios públicos, también existan "contratos administrativos, pero menos", cosa que sucede, por ejemplo, en los actos de doble cara, relación de servicio y concesiones administrativas.

La evolución histórica de las consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la relación de servicio, ha sido ya expuesta en otro lugar de la presente tesis doctoral (véase V.3.1.). Corresponde ahora analizar de forma breve si tiene sentido, desde el punto de vista técnico, plantear la situación jurídica del funcionario frente a la Administración, con referencia al vínculo que les une, de una forma distinta a la contractual.

Me alegra coincidir de nuevo con el citado FORSTHOFF (49) en que no es necesario complicar la naturaleza de la relación de servicio por causa del mero hecho de que, desde los órganos administrativos, se ejerciten potestades públicas.

"Los asuntos de un servicio o de una autoridad no son asumidos por razón de un deber oficial obligatorio de Derecho Público, sino en cumplimiento de obligaciones contractuales de servicio. No se ve, en efecto, qué importancia pudiera tener para la naturaleza jurídica del servicio u organismo,

la relación jurídica de la persona física del titular del cargo con los asuntos propios del mismo. Esta naturaleza jurídica sólo puede afectar, por tanto, al servicio en cuanto tal, si no depende ni de la índole de los asuntos que le competen ni de la relación jurídica de las personas físicas que los gestionan, respecto de ellos. Si el servicio y el organismo se consideran públicos, queda afirmada la publicidad de la institución en cuanto tal".

A mi sólo me resta por decir que es evidente la naturaleza contractual de la relación de servicio entre el funcionario y la Administración, puesto que existen dos voluntades que comparte causa. Y la causa de este negocio jurídico bilateral (contrato, si se prefiere), no puede ser otra que la atención objetiva de los intereses generales encomendados a la Administración.

Es precisamente la atención de esos intereses generales la que confiere un singular status al funcionario y la que legítimamente permite la existencia de amplísimas potestades administrativas en la relación de servicio.

Ahora bien, una cosa es la que se acaba de exponer y que cabe perfectamente en el seno de la institución contractual y otra muy distinta, el empeño de la Administración en crear para el funcionario una situación jurídica de

precarista, derivada del prejuicio de la supremacía especial que ya fue convenientemente analizado, y que se hace patente en recientes reformas legislativas, de entre las que destaca la ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

No es cuestión ahora de insistir mucho más en un tema que ya fue tratado cuando se estudiaba el concepto de supremacía especial. Dije entonces que en un Estado de Derecho las limitaciones a la autonomía individual reconocida por la Constitución al común de los ciudadanos, sólo podían estar fundamentadas en otro principio constitucional que fuese "lex aptior rem gerendae". En el caso que ahora me ocupa, este principio o principios debieran ser los contenidos en el artículo 103 de la Constitución, cuando se refiere a la misión administrativa de servir con objetividad a los intereses generales y de actuar con eficacia.

La ley de 26 de diciembre de 1984 tiene, conforme señala su propia *Exposición de Motivos*, "como principio fundamental, la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo".

Si la *Exposición de Motivos* que, desde luego, se corresponde con el articulado, tiene algo que ver con el espíritu de la ley; no hacen falta análisis de mucha profundidad para comprender que la citada ley y la Constitución tienen muy poco o nada que ver entre sí.

Con este ejemplo, aparte de actualizar la tesis, a

la que la proliferación legislativa podría dejar desfasada en algunos puntos, durante su mismo proceso de elaboración, he querido insistir en la desprotección objetiva del personal al servicio de las Administraciones Públicas frente a las prerrogativas de las mismas y condenar, desde el punto de vista técnico-jurídico, una situación que en buena parte deriva de conceptos periclitados y, acaso antidemocráticos, como el de supremacía especial, y de mantener, a veces de forma interesada, naturalezas jurídicas etéreas, como sucede con la relación de servicio, cuando se pretende negar que participa de la estructura básica de los contratos.

Repito que la institución contractual es compatible con una amplia presencia de potestades administrativas, legítimas, legales y constitucionales. Por lo tanto, técnicamente no existe necesidad alguna de complicar más las cosas.

Veamos ahora lo que sucede con los que WALTER JELLINEK denominó "actos de doble cara" en sus obras "Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung" y "Verwaltungsrecht".

Para JELLINEK, un acto de doble cara o, lo que es lo mismo, un "acto administrativo bilateral", es aquél para cuya validez la solicitud del interesado es tan importante como la actuación misma del Ente Público competente.

Cuando faltase la solicitud del particular, el correspondiente acto administrativo incurriría en una irregularidad que normalmente le viciaría, hasta el punto de provo

car, en ocasiones, su nulidad de pleno derecho.

El planteamiento que hace JELLINEK no deja de ser razonable, por más que acaso sea superfluo, e incluso pueda inducir a error; puesto que lo único que se afirma con la teoría del acto de doble cara es que algunos actos administrativos deben producirse necesariamente a instancia de parte; pero esta situación, que explica satisfactoriamente el otorgamiento de autorizaciones administrativas, o de la nacionalidad por concesión, no aporta al Derecho Administrativo ninguna novedad digna de especial mención. De hecho, todos sabemos que determinados actos administrativos deben contar necesariamente con la rogación del particular. Por ejemplo, no sería válido ni lógico conceder a un extranjero la nacionalidad española sin que éste la pidiese, porque dicho Estado Civil puede comportar muy importantes deberes para con la Comunidad Política.

El problema con la teoría de los actos de doble cara no es que exista, sino que con relativa facilidad suele ser sacada de quicio; o, para expresarlo con palabras de FORSTHOFF (50):

"La denominación usada por JELLINEK conduce a error y por eso debe ser evitada".

De hecho, FORSTHOFF tampoco la evita del todo, dado que con sus "actos administrativos necesitados de coadyuvante", a los cuales diferencia de la noción acuñada por JELLINEK en cuanto que la falta de la voluntad del particu-

lar no puede acarrear la nulidad del acto, en realidad introduce mayores elementos de confusión.

Personalmente participo de la objeción de FORSTHOFF contra los actos de doble cara: resuelven poco o nada y complican mucho. Sin embargo, no convengo con él en la necesidad de acuñar otra noción. Pienso que sería preferible que la doctrina se olvidase de ellos, lo cual no originaría ningún daño a la figura del acto administrativo y beneficiaría en mucho a la de los contratos.

En España la teoría de los actos de doble cara, aplicada de una forma que JELLINEK nunca pretendió, ha contribuido también a introducir confusión en los contratos administrativos. Frecuentemente, auténticos contratos, como los derivados de la acción concertada, han sido denominados actos de doble cara, y mucho más frecuentemente ha acontecido tal cosa en los diversos supuestos concesionales.

VILLAR PALASI, en un espléndido estudio sobre la materia (51) que ha contribuido a sentar las bases de un importante sector material del Derecho Administrativo Español, también se interroga acerca del problema de la naturaleza jurídica de la concesión, y no precisamente desde el punto de vista de si se trata de un acto administrativo o de un contrato. Más bien, VILLAR PALASI insiste en el origen de las concesiones como privilegios regalianos creadores de derechos ex novo y, en base a ello, las diferencia de las licencias o autorizaciones que tienden meramente a remo-

ver obstáculos al libre ejercicio de derechos preexistentes. Es decir, que mientras la concesión es un negocio jurídico constitutivo de derechos, jamás puede tener tal carácter la autorización.

Bajo este planteamiento que, según entiendo, es correcto, la naturaleza de la concesión, en el sentido de acto o contrato, es indiferente a la configuración básica de la institución concesional, como creadora de derechos patrimoniales administrativos en favor de los particulares. Se trata de otorgar a éstos esferas propias de la actividad (hoy casi exclusivamente patrimonial) de los poderes públicos.

La traslación a los ciudadanos de ámbitos sujetos a una previa publicatio hace necesario que en las concesiones exista una intensísima presencia de las potestades administrativas; de ahí la tendencia a configurarlas como actos administrativos; pero con toda evidencia, ningún particular puede ser eficazmente gestor de la cosa pública en contra de su voluntad. Por esta causa, la figura pura y simple del acto administrativo no es la que mejor casa con la finalidad que con las concesiones se persigue. Por otra parte, el prejuicio de que configurarlas como contratos podría presuponer situar al concesionario en un cierto plano de igualdad frente a la Administración concedente, ha inclinado a la doctrina hacia el empleo de la confusa noción de actos de doble cara.

Según mi opinión, hoy no cabe pensar en imponer - al particular "derechos" contra su voluntad; hay que contar necesariamente con ésta y por dicha razón, en la concesión convergen dos voluntades que comparten causa (el buen fin - del vínculo concesional), lo cual la configura como contrato y este hecho no tiene por qué impedir que en ella se dé una enorme extensión de las potestades administrativas, tan amplia, acaso, como si se tratase de un mero acto. Lo único que hace falta es que el particular juzgue conveniente para sus intereses aceptar para sí una situación jurídica de notoria endeblez frente a la correspondiente al Ente Público concedente.

En resumidas cuentas, lo esencial de las concesiones es su naturaleza creadora de derechos y no el tipo de negocio jurídico que sean. No obstante, también está claro que el imprescindible concurso de la voluntad del particular que se suele requerir para alterar la situación jurídica de los ciudadanos cumplidores de las leyes en un Estado de Derecho, aleja a las concesiones de la dogmática del acto administrativo, para encuadrarlas en la del contrato, independientemente de la fuerte presencia de potestades administrativas que ha de acompañar a cualquier traslación de la cosa pública, para asegurar su consonancia con los intereses generales.

Dentro de las concesiones, los modelos paradigmáticos son las de dominio público y de servicio público. En estas últimas, la propia Ley de Contratos del Estado deja

clara constancia de su carácter convencional. Por lo que hace referencia a las primeras, si bien la Ley del Patrimonio del Estado no hace mención alguna sobre tal extremo, no deja de ser igualmente clara su naturaleza jurídica. La presencia de fuertes potestades administrativas se nos aparece con meridiana claridad en el artículo 127 a) L.P.E., que permite una reserva expresa de la facultad de libre rescate, lo cual sitúa al concesionario en una posición de mero precarista, mas esto difícilmente puede ser aceptado por una persona con cuya voluntad hay que contar y de lograr esta persona que la cláusula citada no sea introducida, su status jurídico puede llegar a tener incluso una relativa fortaleza frente a la Administración, puesto que conforme señala el propio artículo 127, en su apartado d), no se le podría privar de la concesión antes de que venciese el plazo acordado sin el recurso a la expropiación forzosa y, por lo tanto, a las garantías que ésta comporta.

NOTAS AL CAPITULO 5

- (1) Citado por ORTEGA Y GASSET, J.: "El Espectador", Ed. - Salvat-Alianza, Madrid, 1969.
- (2) GARRIDO FALLA, F.: "Gobierno y Administración", en la obra colectiva "La Constitución de 1978 en la Historia del Constitucionalismo Español", Ed. Mezquita, Madrid, 1982, pp. 195 y ss.
- (3) Así abordan, por ejemplo, la definición de Derecho Administrativo, GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ: "El Derecho Administrativo es el Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas en cuanto sujetos. Tiene un carácter estatutario y constituye para sus singulares sujetos un verdadero Derecho común, capaz de autointegrar sus propias lagunas sin necesidad de acudir a otros ordenamientos diferentes". Vid. GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: "Curso de Derecho Administrativo I", Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 49.
- (4) En este sentido, el profesor GARRIDO FALLA, así como otros ilustres profesores de su escuela: ENTRENA CUESTA, R.: "Curso de Derecho Administrativo", Vol. I/2, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, p. 60. BAENA DEL ALCAZAR, M.: "Curso de Ciencia de la Administración", Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, p. 73.
- (5) Véase, en este sentido: SAINZ DE ROBLES, F.C.: "El Consejo General del Poder Judicial", conferencia pronunciada en la U. de Santiago de Compostela, 1981.
- (6) "De los tres poderes de que hemos hablado, el de juzgar es, en cierto modo, nulo. No quedan más que dos que necesiten de un poder regulador para atemperarlos". MONTESQUIEU, Ch., Barón de: "Del Espíritu de las Leyes", Ed. Tecnos, Madrid, 1972, p. 152.
- (7) Citado por VILLAR PALASI, J.L.: "Apuntes de Derecho Administrativo", Parte General. Tomo I, Ed. UNED, Madrid, 1974, p. 292.
- (8) "Aún cuando esta teoría podría pensarse que es válida para todos los supuestos, tiene, al menos, un fallo lo cual es suficiente para descalificarla, automáticamente, como criterio general. Los contratos de hospedaje realizados por los Paradores y Albergues Nacionales, a pesar de que se desenvuelven en el seno de la competencia específica del Organismo al que pertenecen (Administración)"

- nistración Turística Española), no se encuentran sometidos al Derecho administrativo, sino al Ordenamiento privado". Vid. VILLAR PALASI, J.L. y VILLAR EZCURRA, - J.L.: "Principios de Derecho Administrativo", Tomo I, Ed. Facultad de Derecho U. Complutense, Madrid, 1982, p. 47.
- (9) BAENA DEL ALCAZAR, M.: "Ciencia de la Administración", Ed. Facultad de CC. Políticas y Sociología, Madrid, - 1976.
- (10) BONNARD, R.: "El Derecho y el Estado en la doctrina -- nacional-socialista", Ed. Bosch, Barcelona, 1950.
- (11) Acertada expresión, poco al uso hoy, empleada por SANTAMARIA DE PAREDES, V.: "Curso de Derecho Político", - 9a. edición, Ed. Imprenta Española, Madrid, 1913, pp. 67 y 296.
- (12) ALESSI, R.: "Instituciones de Derecho Administrativo", Ed. Bosch, Barcelona, 1970.
- (13) MUÑOZ MACHADO, S.: "Derecho Público de las Comunidades Autónomas", Ed. Civitas, Madrid, 1982.
- (14) BASSOLS COMA, M.: "Código de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas", Ed. IEAL, Madrid, - 1983.
- (15) VILLAR PALASI, J.L.: "Apuntes de Derecho Administrativo". Parte General. Tomo I, Ed. UNED, Madrid, 1974, p. 139.
- (16) VILLAR PALASI, J.L.: Op. cit., pp. 143 y 144.
- (17) A la doméstica y relacional, se refiere.
- (18) En este punto no puedo hacer nada mejor que recomendar encarecidamente la lectura atenta de una de esas obras, necesariamente extensas (438 páginas), que marcan época y son caldo de formación jurídica de alto nivel. Se trata de un libro de VILLAR PALASI, cuyo título, asentado en lo concreto, no parece más que un pretexto para entrar con finura, inteligencia, profundidad histórica - suma y detalle ilustrativo y no cansino del hecho normativo, en el estudio de los, a su vez pretextos, pero en este caso de poder, y por lo tanto, de algunas de las más relevantes potestades administrativas. Vid. VILLAR PALASI, J.L.: "La Intervención Administrativa en la Industria", tomo I, Ed. IEP, Madrid, 1964.
- (19) NIETO GARCIA, A.: "Los Derechos Adquiridos de los Fun-

cionarios", Revista de Administración Pública, núm. 35, Ed. IEP, Madrid, 1961, pp. 361-382.

- (20) Categoría, ésta, en trance de desaparición, al prever la disposición adicional 4a. de la ley 30/1984, de 2 - de agosto, de medidas urgentes para la reforma de la - Función Pública, la imposibilidad de establecer nuevos contratos de colaboración temporal en régimen de Derecho Administrativo.
- (21) Este tema ya lo apunté en un reciente artículo, escrito en colaboración: Vid. CASTELAO RODRIGUEZ, J. y SUNE LLINAS, E.: "La Educación: ¿Un Servicio Público?", en la obra colectiva: "I Encuentro Internacional de Universidades Privadas", Ed. CEU, Madrid, 1984, pp. 346 y 347.
- (22) VILLAR PALASI, J.L.: "La Intervención Administrativa - en la Industria", op.cit., p. 282.
- (23) GOMEZ-FERRER MORANT, R.: "El Régimen General de los - Centros Privados de Enseñanza", en la Revista de Administración Pública, núm. 70, Ed. IEP, Madrid, 1973.
- (24) GARRIDO FALLA, F.: "Tratado de Derecho Administrativo", vol. II, Ed. IEP, Madrid, 1960, pp. 335 y ss.
- (25) VILLAR EZCURRA, J.L.: "El Derecho a la Educación como Servicio Público", en la Revista de Administración Pública, núm. 88, Ed. CEC, Madrid, 1979, p. 183.
- (26) ZANOBINI, G.: "Corso di Diritto Amministrativo", vol. II, Ed. Giuffrè, Milán, 1958, p. 187.
- (27) KORMANN, K.: "System der Rechtsgeschäftlichen Staatsakte", Scientia Verlag, Aalen, 1962, p. 14.
- (28) BOQUERA OLIVER, J.M.: "Estudios sobre el Acto Administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 1984.
- (29) GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R.: Op.cit., vol. I, p. 456.
- (30) GARRIDO FALLA, F.: "Tratado de Derecho Administrativo", vol. I, Ed. CEC, Madrid, 1980, p. 447.
- (31) ENTRENA CUESTA, R.: "Curso de Derecho Administrativo", Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, pp. 184 y 185. Entre na realmente sitúa al acto administrativo en la noción de acto jurídico, todavía más genérica que la de negocio jurídico.
- (32) SUNE LLINAS, E.: "Lecciones de Contratación Administra-

- tiva", en la obra colectiva "Lecciones de Derecho Administrativo", Ed. CEU, Madrid, 1984, pp. 1-1 a 1-5.
- (33) VILLAR PALASI, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L.: "Principios de Derecho Administrativo", tomo II, Ed. Facultad de Derecho U. Complutense, Madrid, 1982, p. 60.
- (34) GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R.: Op.cit., p. 383.
- (35) VILLAR PALASI, J.L.: "Apuntes ...", op.cit., p.173.
- (36) CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho Civil Español, Común y Foral", tomo I, Vol. II, Ed. Reus, Madrid, 1978, pp. 679-680 y 650-655.
- (37) CASTRO BRAVO, F. de: "El Negocio Jurídico", Ed. INEJ, Madrid, 1971, p. 26.
- (38) Según precisa el propio CASTAN, la teoría del negocio jurídico surge con la pandectística alemana del siglo XIX, a diferencia de la noción de acto jurídico, que ya se encontraba en los jurisconsultos romanos. En el fondo, el negocio jurídico no es sino una tecnificación moderna del reconocimiento medieval de la autonomía privada como fuente creadora de efectos jurídicos. Esta tecnificación, surgida a propósito de polémicas sobre la causa del precario, contiene en sí el éxito y la servidumbre de un grado tal de abstracción que permite romper la dicotomía entre contratos y testamentos, e incluso da un nivel categorial general al propio contrato, al acabar con el casuismo tipológico de origen romanista.
- (39) GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R.: Op.cit. p.456.
- (40) Permítaseme usar aquí, por motivos de estilo, esta expresión propia del Derecho de la Navegación Marítima.
- (41) GUTIERREZ LOPEZ, E.: "La Regla Solve et Repete", Tesis doctoral, Madrid, 1979.
- (42) FERREIRO LAPATZA, J.J.: "Curso de Derecho Financiero - Español", Ed. Pons, Madrid, 1981, p. 610.
- (43) SUNE LLINAS, E.: Op.cit., pp. 1-1 a 1-5.
- (44) CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho Civil Español, Común y Foral", tomo III, Ed. Reus, Madrid, 1974.
- (45) VILLAR PALASI, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L.: "Principios

de Derecho Administrativo", tomo III, Ed. Facultad de Derecho U. Complutense, Madrid, 1983, pp. 2-34.

- (46) En este sentido, recomiendo la lectura del siguiente - libro: TOMAS VALIENTE, F.: "El Marco Político de la Desamortización en España", Ed. Ariel, Barcelona, 1972.
- (47) MARTIN-RETORTILLO, L.: "Unidad de Jurisdicción para la Administración Pública", en la Revista de Administración Pública, núm. 42, Madrid, 1963, pp. 169-214.
- (48) FORSTHOFF, E.: "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. IEP, Madrid, 1958, pp. 373-374.
- (49) FORSTHOFF, E.: Op.cit., p. 568.
- (50) FORSTHOFF, E.: Op.cit., p. 297.
- (51) VILLAR PALASI, J.L.: "Concesiones Administrativas", en la "Nueva Enciclopedia Jurídica", vol. IV, Ed. Seix, - Barcelona, 1952, pp. 684-770.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Acaso no exista una forma mejor de comenzar el capítulo de conclusiones, que con una definición de mi perspectiva sobre la potestad:

"Es toda manifestación del poder soberano, que entra en el ámbito jurídico a través de la Constitución del Estado, para ser distribuida entre los diversos niveles de su estructura orgánica, sin que jamás pueda formar parte del ámbito posible de poder de los ciudadanos como tales, dada la realidad política de su naturaleza última".

Consecuentemente, la potestad no se distingue del derecho subjetivo al modo de una contraposición entre lo genérico y lo concreto. El derecho subjetivo es simplemente la esfera posible de poder legítimo que puede ostentar un ciudadano como tal.

También ha quedado demostrado en esta tesis que las potestades, al ser siempre públicas y por lo tanto, orientadas idealmente a la defensa de los intereses generales, han de ser necesariamente potestades-función, lo cual no excluye la existencia de derechos subjetivos tan fuertemente limitados y contrapesados por obligaciones, en los que la vertiente social, protectora de intereses objetivos, pueda llegar a desdibujar e incluso hacer desvanecer la protección de los intereses de su titular; pero no por tratarse de derechos con función social, han de ser confundidos -

con las potestades, las cuales revisten siempre esta virtualidad.

En otro orden de cosas, el Derecho objetivo, que es genérico, sin ser por esta causa una potestad, sino un derivado de las diversas potestades normativas (de las cuales es esencial la legislativa), define, cuando se refiere a la sociedad civil, el marco posible del poder individual tolerado por el Estado (derecho subjetivo), mientras que cuando organiza al propio Estado, es llave de atribución de potestades y en algunos casos incluso de derechos subjeti-vos, que se concretarán en relaciones jurídicas específicas, a través de la definición de las funciones o fines de los entes públicos y la competencia de sus órganos. En este sentido, y como también ha quedado demostrado, la competencia es el vehículo de la potestad, aunque no sólo de ella, en la estructura orgánica del Estado.

De la potestad, así como de la competencia, se han predicado una serie de características que, como la inalienabilidad, irrenunciabilidad, intransmisibilidad e im--prescriptibilidad, son connaturales al poder político soberano, porque tienden a conservarlo; pero en la tesis se ha apostillado que con referencia a potestades concretas, no deben ser tenidas como dogmas absolutamente intangibles. Por cierto, tales predicados, cuando se den, no es en absoluto verdad que deriven de la capacidad jurídica.

Después de haber refrescado y sintetizado la noción

de potestad, así como la problemática más general que la en vuelve, creo llegado el momento de enmarcar también a la po testad en su contexto explicativo, que es el pilar estructural de esta tesis doctoral:

Demostré que la Soberanía en el sentido pleno y - auténtico de la expresión, la que yo denominé "Soberanía po tencial" es un concepto político equivalente al de Poder - Constituyente.

La decisión del Poder Constituyente que da origen a la Constitución del Estado, crea una Soberanía menos real y plena pero más duradera en el tiempo ("Soberanía normal"). La Soberanía normal del Estado, que sigue siendo una idea - política, tiene un equivalente jurídico exacto en la Constitución.

Los órganos constitucionales son, unos en mayor - medida que otros, pero todos son, meros depositarios de potestades soberanas. Ninguno de ellos, ni siquiera las Cortes Generales, es soberano.

Si se conviene en que la Soberanía es el conjunto total y abstracto de potestades, se verá claro por qué la - potestad es esencialmente un concepto político, independientemente de que se juridifique en la situación ordinaria de poder soberano normal, y se entenderá de forma diáfana la - trascendencia de la Constitución del Estado, que es el Derecho Soberano.

A partir de este esquema, el capítulo segundo de

la tesis viene por añadidura: Fue necesario explicar quién es en la España actual el poder constituyente, soberano potencial, y se llegó a una conclusión de índole doctrinaria. En idéntico sentido, era preciso comprender, cómo y de qué forma está limitado el poder soberano normal. Se vio el papel trascendental que juegan los Derechos Fundamentales de la persona humana, el acercamiento de la Soberanía normal hacia la potencial cuando está sobre el tapete la defensa de la Constitución en supuestos como estados excepcionales y terrorismo, e incluso se pudo apreciar en el singular procedimiento de reforma constitucional previsto en nuestra Carta Magna, la ya citada realidad y sustancia doctrinaria del poder soberano en España. Asimismo, se esbozó el mecanismo de la distribución constitucional de potestad entre los poderes constituidos, que es la base de todo el capítulo cuarto. Antes, sin embargo, de entrar en un alto grado de detalle sobre la distribución de potestad en el seno del Estado, y fresca todavía la idea de Soberanía, creí oportuno analizar, bajo un capítulo al efecto, cómo y en qué medida algunas potestades soberanas pueden ser cedidas a la Comunidad Internacional o condicionadas por ella. Creo que quedó claro como, en base al artículo 10.2 de la ley de leyes, el Derecho Internacional protector de la persona humana se integraba en nuestro ordenamiento jurídico hasta el punto de hacerse Constitución y asegurar así una mejor defensa del cuadro básico y sustancial de la autonomía individual, frente a las potestades estatales; alta garantía que

se ve reforzada por el hecho de haber aceptado España la jurisdicción suprema del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, integrado en el Consejo de Europa, lo cual significa que los derechos civiles, político, económicos, sociales y culturales de los españoles, como europeos, pueden ser protegidos jurisdiccionalmente allende de nuestras fronteras.

Otro tema importante que se trató y no quedó en - el tintero, puesto que una obra de la magnitud posible de - la presente fuerza a ser selectivo, fue la problemática jurídica básica que, en cuanto a enajenación de potestades - comportará la ya inminente adhesión de España a las Comunidades Europeas. Entiendo que mi aportación sustancial en este tema ha sido la puesta de relieve de la indudable utilidad que tiene la teoría del grupo normativo, acuñada tiempo ha por el profesor VILLAR, para explicar las intrincadas -- cuestiones nomotéticas que se plantean en los Estados, señaladamente los complejos, como el nuestro, de tipo regional, cuando se integran en Comunidades Supranacionales provistas de poder normativo.

Entremos ya en el cuarto de los capítulos para exponer las más importantes conclusiones sobre la trascendencia que reviste la existencia de potestades directamente atribuidas por la Constitución a Organos y Poderes del Estado distintos del Legislativo. Sabido es que, en un Estado - de Derecho, la mayoría de las potestades que pueden corresponder al Poder Judicial o a las Administraciones Públicas

les vienen atribuidas mediante ley; pero no sería bueno ni correcto olvidar que el marco constitucional, el Derecho por excelencia, contiene algunas determinaciones directas en -- cuanto a las potestades correspondientes a los órganos no -- legislativos del Estado, que no pueden ser alteradas ni menoscabadas por el Parlamento. La idea de fondo consiste en afirmar la relatividad de la primacía de las Cortes Generales: ni pueden éstas disponer de potestades que no son su -- yas, como sería el caso de la exclusiva de juzgar y hacer -- ejecutar lo juzgado, que corresponde al Poder Judicial, a -- partir de lo cual he justificado nada menos que la embargabilidad del patrimonio de los Entes Públicos; ni pueden tam -- poco utilizar su potestad más característica, la legislati -- va, para vulnerar de forma singular, mediante leyes-acto, -- al ordenamiento jurídico mismo.

A partir de ahí estuve en condiciones de entrar -- en la problemática más importante de esta tesis, si hacemos omisión de los planteamientos teóricos iniciales: ¿qué significa la potestad para la Administración?

Estoy muy inclinado a decir que lo significa casi todo. La potestad es el núcleo central para la comprensión del Derecho Administrativo, que no en vano es el sector más importante del Derecho del Estado, de la misma manera que -- el derecho subjetivo es la gran clave del Derecho de la So -- ciedad civil, o si se quiere, del Derecho privado.

Me he limitado a dar un repaso selectivo a algunos

de los grandes "quids" de la Parte General del Derecho Administrativo, para dejar constancia de las, a mi entender inmensas, posibilidades que los planteamientos de esta tesis encierran.

He querido poner de relieve, conforme ha quedado ya apuntado en estas mismas conclusiones, cómo la competencia es el vehículo de la potestad en la organización administrativa, lo cual no tiene demasiadas repercusiones prácticas, al servir la competencia para una más genérica distribución de tareas que, en algunos casos (habilitación a determinadas organizaciones administrativas para actuar en régimen de Derecho privado), no tienen nada que ver con auténticas potestades. Ha podido ser observado, asimismo, cómo la técnica de la avocación, hipotéticamente casi extinta, tiene una fuerte realidad práctica si se combina la usual indefinición competencial de las unidades administrativas inferiores, con la existencia de los recursos administrativos jerárquicos.

En materia de teoría de las normas, me he limitado a hacer una breve incursión, puesto que al haber escrito ya suficientemente sobre el tema, no sería cuestión de repetirlo en lo que, por su propia naturaleza, ha de ser un trabajo original e inédito. Quedaban sin embargo algunos puntos en los cuales era preciso insistir o, en su caso, exponerlos por vez primera: así sucede con los por mí denominados "reglamentos propios" de organizaciones estatales que no

son Administraciones Públicas, así como el replanteamiento de la relación jerárquica entre reglamentos y principios generales del Derecho, precisamente a favor de los primeros y en contra de una opinión casi unánime de nuestra jurisprudencia y doctrina. Repito que no deseo ser motivo de escándalo, puesto que simplemente me limito a exponer las cosas, por heterodoxas que puedan parecer, tal como las veo y entiendo, y no tendrá el menor inconveniente, antes bien al contrario, en variar mi opinión si se me demuestra con argumentos que estoy equivocado.

En relación con la vinculación de la Administración al principio de legalidad, he creído necesario decidirme a acabar con un auténtico mito, que me atrevería a calificar como envilecedor de las relaciones entre la Administración y el ciudadano, y por lo tanto insostenible en un Estado de Derecho. Me refiero al concepto de supremacía especial, cuyo análisis ha sido realizado en dos de sus más importantes vertientes, la relativa a los funcionarios, sobre todo en conexión con el tema de las incompatibilidades, y la que toca al ámbito tan etéreo como esencial de los servicios públicos, sobre la precisión de cuyo concepto creo haber contribuido a arrojar luz.

Tampoco la teoría del acto administrativo ha sido ajena a mi preocupación investigadora. Precisamente en lo que se refiere a su naturaleza jurídica, ha sido lugar común que la doctrina se haya manifestado en pro de una de dos con

cepciones que se juzgaban como encontradas: o bien se trataba del ejercicio de una de las grandes potestades administrativas o, por el contrario, sería un negocio jurídico. En esta tesis se ha puesto de relieve que ambas perspectivas, no son contradictorias sino complementarias: el acto administrativo representa tanto un ejercicio de potestad como es un negocio jurídico; todo depende de la perspectiva que se considere para proceder a su análisis.

No ha dejado de ser abordada la ejecución del acto administrativo y ello ha servido para poner de relieve que las inmensas potestades de que goza la Administración en esta fase de la vida del acto administrativo son, en algún caso, innecesarias para los fines perseguidos. Tal sería el caso de la regla "solve et repete" que si antaño estuvo justificada al hacer posible que se pudiera subvenir a la continuidad en la prestación de los servicios públicos, hoy es perfectamente innecesaria, dadas las amplísimas posibilidades de constante liquidez que tiene el Estado a través de las operaciones de tesorería, e incluso si se tiene en cuenta que la combinación de los privilegios de ejecutivoriedad de los actos y de apremio administrativo sobre el patrimonio puede cumplir perfectamente el papel encomendado a una regla que, como la "solve et repete", aparte de innecesaria, y por lo tanto absurda, puede llegar a poner al particular en situaciones graves de indefensión.

Por último, entré en las relaciones de carácter contractual administrativo, con el propósito -creo que con-

seguido- de hacer notar que el hecho de ser parte la Admi -
nistración en contratos de Derecho Público no tiene por qué
hacer desmerecer en absoluto sus potestades. En este senti-
do, vuelvo a insistir en la sustantividad de los contratos
administrativos como figura jurídica que es necesario tener
clara y no estar maltratándola continuamente, con clara vio-
lación de la lógica de las instituciones, bajo la idea de -
defender mejor las potestades administrativas que, con con-
tratos o sin ellos, no pierden jamás su parentesco, aún --
cuando éste sea lejano, con la sublime, por poderosa, majes-
tuosidad de la Soberanía del Estado.

Espero, con esta tesis doctoral que aquí doy por
finalizada, haber contribuido a dar una renovada y válida -
perspectiva sobre la potestad, así como sobre las grandes -
ideas, señaladamente Soberanía y Constitución, de las que -
ésta deriva, o cuando menos, haber sido lo suficientemente
sugerente y estado lo bastante acertado como para abrir la
vía de una reflexión doctrinal, a mi entender imprescindi-
ble, sobre un trascendental tema que probablemente se había
dado ya por sobradamente asentado.

Entiendo que tampoco han estado de más las refle-
xiones, correctas o erróneas, que al hilo de la potestad he
ido haciendo sobre el Estado mismo y en relación con los -
grandes problemas del Derecho Administrativo. Si con ello -
puedo lograr, aunque sea en un grado mínimo, haber contri-
buído a un mejor conocimiento de lo público y señaladamente

de la Administración, que pueda redundar en beneficio de la alta misión de servicio a los intereses generales que ésta tiene encomendada, daría por muy bien empleado el tiempo y sacrificios, tanto propios como de mi familia, que esta tesis doctoral ha conllevado.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

ALESSI, R.: "Instituciones de Derecho Administrativo", Ed. Bosch, Barcelona, 1970.

ALZAGA VILLAMIL, O.: "La Constitución Española de 1978", Ed. Del Foro, Madrid, 1978.

ARENDT, A.: "Sobre la Revolución", Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1967.

BAENA DEL ALCAZAR, M.:

- "La Estructura Administrativa del Estado Contemporáneo", Ed. CEU, Madrid, 1976.
- "Ciencia de la Administración", Ed. Facultad de CC.Po-
líticas y Sociología, Madrid, 1976.
- "Curso de Ciencia de la Administración", Ed. Tecnos, -
Madrid, 1985.

BARILE, P.: "Istituzioni di Diritto Pubblico", Padova, 1978.

BASSOLS COMA, M.:

- "Instituciones Administrativas al Servicio de la Corona: Dotación, Casa de SM el Rey y Patrimonio Nacional", RAP, núm. 100, Ed. CEC, Madrid, 1983.
- "Código de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas", Ed. IEAL, Madrid, 1983.

BODIN, J.: "Los Seis Libros de la República", Ed. Aguilar, Madrid, 1973.

BONNARD, R.: "El Derecho y el Estado en la Doctrina Nacional-Socialista", Ed. Bosch, Barcelona, 1950.

- BOQUERA OLIVER, J.M.: "Estudios sobre el Acto Administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 1984.
- BURKE, E.: "Thoughts on French Affairs" (1791), en "The Works", Ed. Holdsworth & Ball, London, 1834.
- CASTAN TOBENAS, J.: "Derecho Civil Español, Común y Foral", Ed. Reus, Madrid, 1979.
- CASTELAO RODRIGUEZ, J. y SUÑE LLINAS, E.: "La Educación ¿Un Servicio Público?", en la obra colectiva "I Encuentro Internacional de Universidades Privadas", Ed. CEU, Madrid, 1984.
- CASTRO BRAVO, F. de:
- "Derecho Civil de España", Ed. IEP, Madrid, 1949.
 - "El Negocio Jurídico", Ed. INEJ, Madrid, 1971.
- COUDENHOVE-KALERGI, R.: "Paneurope", Ed. P.Simon, París, 1927.
- DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A.: "Sistema de Derecho Civil", - Ed. Tecnos, Madrid, 1978.
- DIEZ DE VELASCO, M.: "Instituciones de Derecho Internacional Público", Ed. Tecnos, Madrid, 1975.
- DIEZ DEL CORRAL, L.:
- "El Rapto de Europa. Una Interpretación Histórica de - Nuestro Tiempo", Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1954.
 - "El Liberalismo Doctrinario", Ed. IEP, Madrid, 1956.
- DUGUIT, L.: "Soberanía y Libertad", Ed. Francisco Beltrán, Madrid, 1974.

- ENTRENA CUESTA, R.: "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Tecnos, Madrid, 1983.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: "Las Leyes Orgánicas", conferencia pronunciada en el CEU, Madrid, 1983.
- FERREIRO LAPATZA, J.J.: "Curso de Derecho Financiero España", Ed. Pons, Madrid, 1981.
- FORSTHOFF, E.: "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. IEP, Madrid, 1958.
- FRIEDERICH, C.J.: "Gobierno Constitucional y Democracia", - Ed. IEP, Madrid, 1975.
- GALINDO HERRERO, S.: "Donoso Cortés y su Teoría Política", Ed. Diputación Provincial de Badajoz, 1957.
- GARCIA AÑOEROS, J.: "Derecho Presupuestario", Sevilla, 1965.
- GARCIA DE ENTERRIA, E.:
- "Sobre los Derechos Públicos Subjetivos", REDA, núm.6, Ed. Civitas, Madrid, 1975.
 - "La Constitución como Norma Jurídica", en la obra colectiva "La Constitución Española de 1978", Ed. Civitas, Madrid, 1980.
 - "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Madrid, 1981.
- GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 1980.
- GARCIA DE ENTERRIA, E.; SANCHEZ MORON, M.; ORTEGA, L.I.; y LINDE, E.: "El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos", Ed. Civitas, Madrid, 1983.

GARCIA-TREVIJANO FOS, J.A.: "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.

GARRIDO FALLA, F.:

- "Las Tres Crisis del Derecho Público Subjetivo", en la obra colectiva "Estudios dedicados al profesor García Oviedo", Ed. Universidad de Sevilla, 1954.
- "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. CEC, Madrid, 1980.
- "Comentario al Artículo 53 de la Constitución", en la obra colectiva "Comentarios a la Constitución", Ed. Civitas, Madrid, 1980.
- "Gobierno y Administración", en la obra colectiva "La Constitución de 1978 en la Historia del Constitucionalismo Español", Ed. Mezquita, Madrid, 1982.

GIANNINI, M.S.: "Lezioni di Diritto Amministrativo", Ed. - Giuffrè, Milano, 1950.

GIL-ROBLES, A.: "El Defensor del Pueblo", Ed. Civitas, Madrid, 1979.

GIRON TENA, J.: "Apuntes de Derecho Mercantil", Ed. Facultad de Derecho de la U.Complutense, Madrid, 1977.

GOMEZ-FERRER, R.: "El Régimen General de los Centros Privados de Enseñanza", RAP, núm. 70, Ed. IEP, Madrid, 1973.

GONZALEZ POSADA, A.: "Tratado de Derecho Político", Ed. V. Suárez, Madrid, 1915.

GOUGH, J.W.: "The Social Contract", Ed. Oxford Clarendon -- Press, 1957.

GUASP DELGADO, J.: "Derecho Procesal Civil", Ed. IEP, Madrid, 1977.

GUTIERREZ LOPEZ, E.: "La Regla Solve et Repete", Tesis doctoral, Madrid, 1979.

HAMILTON, MADISON y JAY: "El Federalista", Ed. FCE, México, 1957.

HELLER, H.: "Teoría del Estado", Ed. FCE, México, 1942.

HERRERO R. DE MINON, M.: "Les Sources Etrangères de la Constitution", Pouvoirs, núm. 8, 1978.

HOBBS, Th.: "El Leviathan", Editora Nacional, Madrid, 1980.

IHERING, R. von: "El Espíritu del Derecho Romano", Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1962.

JELLINEK, G.: "Teoría General del Estado", Ed. Albatros, -- Buenos Aires, 1978.

JOUVENEL, B. de: "El Poder", Editora Nacional, Madrid, 1974.

KAMMLER, J.: "El Estado Social", en la obra colectiva "Introducción a la Ciencia Política", Ed. Anagrama, Barcelona, 1971.

KORMANN, K.: "System der Rechtsgeschäftlichen Staatsakte", Scientia Verlag, Aalen, 1962.

LASSWELL, H.: "Power and Society", New Haven, 1950.

LEGAZ LACAMBRA: "Filosofía del Derecho", Ed. Bosch, Barcelona, 1975.

- LEIBHOLZ, G.: "Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna", Ed. IEP, Madrid, 1971.
- LOCKE, J.: "Ensayo sobre el Gobierno Civil", Ed. Aguilar, Madrid, 1976.
- LOEWENSTEIN, K.: "Teoría de la Constitución", Ed. Ariel, Barcelona, 1970.
- LOPEZ RODO, L.: "La larga marcha hacia la Monarquía", Ed. - Noguer, Barcelona, 1977.
- MAQUIAVELO, N.: "El Príncipe", Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1967.
- MARTIN-RETORTILLO, L.: "Unidad de Jurisdicción para la Administración Pública", RAP, núm. 42, Ed. IEP, Madrid, 1963.
- MARTINEZ CUADRADO, M.:
 - "El Retorno a la Democracia", en "Las Elecciones en España", Historia 16, núm. 2, Madrid, 1977.
 - "La Monarquía Parlamentaria", en la obra colectiva "La Constitución Española de 1978", Ed. Civitas, Madrid, - 1980.
- MAS SOLENCH, J.M.: "Enciclopedia Labor", Tomo IX, Ed. Labor, Barcelona, 1960.
- MOLINA DEL POZO, C.: "Dos Estudios sobre Derecho Administrativo Comunitario", Ed. INAP, Madrid, 1982.
- MONTESQUIEU, Ch. Barón de: "Del Espíritu de las Leyes", Ed. Tecnos, Madrid, 1972.
- MORGENTHAU, H.J.: "Politics among Nations", New York, 1959.

MUÑOZ MACHADO, S.:

- "El Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución Española", Ed. Civitas, Madrid, 1980.
- "Derecho Público de las Comunidades Autónomas", Ed. Civitas, Madrid, 1982.

NIETO GARCIA, A.: "Los Derechos Adquiridos de los Funcionarios", RAP, núm. 35, Ed. IEP, Madrid, 1961.

ORTEGA GASSET, J.:

- "El Espectador", Ed. Salvat-Alianza, Madrid, 1969.
- "La Rebelión de las Masas", Ed. Austral, Buenos Aires, 1970.

PECES-BARBA, G.: "Proposiciones Socialistas de principios y de orden institucional, en los diferentes trámites de elaboración de la Constitución", en la obra colectiva "La Constitución de 1978 en la Historia del Constitucionalismo Español", Ed. Mezquita, Madrid, 1982.

QUADRA-SALCEDO, T. de la: "El Recurso de Amparo y los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares", Ed. Civitas, Madrid, 1981.

RODRIGUEZ BEREIJO, A.: "El Presupuesto del Estado. Introducción al Derecho Presupuestario", Ed. Tecnos, Madrid, 1970.

RODRIGUEZ DEVESA, J.M.: "Derecho Penal Español", Madrid, -- 1975.

RODRIGUEZ OLIVER, J.M.: "Resúmenes de Derecho Administrativo", Ed. ICAI, Madrid, 1979.

RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ, J.: "Ley Orgánica del Consejo de Es-

tado", Ed. Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, --
1980.

ROMANO, S.:

- "Corso di Diritto Amministrativo", Ed. Cedam, Padova, -
1930.
- "Principii di Diritto Costituzionale Generale", Ed. Giu-
ffrè, Milano, 1947.
- "Fragmentos de un Diccionario Jurídico", Ediciones Jurí-
dicas Europa-América, Buenos Aires, 1964.

ROUSSEAU, J.J.: "El Contrato Social", Ed. Aguilar, Madrid, -
1970.

RUBIO LLORENTE, F. y ARAGON REYES, M.: "La Jurisdicción Cons-
titucional", en la obra colectiva "La Constitución Españo-
la de 1978", Ed. Civitas, Madrid, 1980.

SABINE, G.: "Historia de la Teoría Política", Ed. FCE, Madrid,
1974.

SAINZ DE ROBLES, F.C.: "El Consejo General del Poder Judicial",
conferencia pronunciada en la U. de Santiago de Compostela,
1981.

SANCHEZ MORON, M.: "Notas sobre la Función Administrativa en
la Constitución Española de 1978", en la obra colectiva -
"La Constitución Española de 1978", Ed. Civitas, Madrid,
1980.

SANTAMARIA DE PAREDES, V.: "Curso de Derecho Político", Ed.
Imprenta Española, Madrid, 1913.

SANTAMARIA PASTOR, J.A.: "La Teoría de la Responsabilidad -
del Estado Legislador", RAP, núm. 68, Ed. IEP, Madrid, -
1972.

SCHMITT, C.:

- "La Defensa de la Constitución", Ed. Labor, Barcelona, - 1931.
- "Teoría de la Constitución", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.
- "Estudios Políticos", Ed. Doncel, Madrid, 1975.

SCHWARTZENBERGER, G.: "La Política del Poder", Ed. FCE, México, 1960.

SERRANO TRIANA, A.: "La Utilidad de la Noción de Servicio Público y la Crisis del Estado Bienestar", Ed. IELSS, Madrid, 1983.

SORIANO GARCIA, J.E.: "Responsabilidad del Estado Legislador y proceso descolonizador", REDA, núm. 30, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 582 y ss.

SUNE LLINAS, E.:

- "El Iusnaturalismo Político de Edmund Burke", Memoria - de Licenciatura en CC. Políticas, Madrid, 1979.
- "Lecciones de Contratación Administrativa", en la obra colectiva "Lecciones de Derecho Administrativo", Ed. - CEU, Madrid, 1984.

THEIMER, W.: "Historia de las Ideas Políticas", Ed. Ariel, - Barcelona, 1969.

TOMAS VALIENTE, F.: "El Marco Político de la Desamortización en España", Ed. Ariel, Barcelona, 1972.

TOUCHARD, J.: "Historia de las Ideas Políticas", Ed. Tecnos, Madrid, 1975.

TRILLO-FIGUEROA, F.: "Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española", REP, núm. 12 (nueva época), Ed. CEC, Madrid, - 1979.

TRUYOL SERRA, A.:

- "La Integración Europea: Idea y Realidad", Ed. Tecnos, Madrid, 1972.
- "Los Derechos Humanos", Ed. Tecnos, Madrid, 1973.

VERDROSS, A.: "Derecho Internacional Público", Ed. Aguilar, Madrid, 1976.

VILLAR EZCURRA, J.L.: "El Derecho a la Educación como Servicio Público", RAP, núm. 88, Ed. CEC, Madrid, 1979.

VILLAR PALASI, J.L.:

- "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", RAP, núm. 3, Ed. IEP, Madrid, 1950.
- "Concesiones Administrativas", en la "Nueva Enciclopedia Jurídica", Ed. Seix, Barcelona, 1952.
- "La Intervención Administrativa en la Industria", Ed. - IEP, Madrid, 1964.
- "Apuntes de Derecho Administrativo", Ed. UNED, Madrid, 1974.
- "La Interpretación y los Apogemas Jurídico-Lógicos", - Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Ma - drid, 1975.

VILLAR PALASI, J.L. y SUNE LLINAS, E.:

- "Comentario al Artículo 9° de la Constitución", en la obra colectiva "La Constitución Española de 1978", Ed. EDESA, Madrid, 1983.
- "Comentario al Artículo 82° de la Constitución", en la obra colectiva "La Constitución Española de 1978", Ed. EDESA, Madrid, 1985.

VILLAR PALASI, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L.: "Principios de -
Derecho Administrativo", Ed. Facultad de Derecho de la U.
Complutense, Madrid, 1982.

ZANOBINI, G.: "Corso di Diritto Amministrativo", Ed. Giuffrè,
Milano, 1958.